

Comunicaciones gestionadas entre los días 28 de junio y el 26 de agosto 2024
Comisión de Concesionarios Viales

Fecha	Nro. Radicado	Contenido / Asunto	Organización
24/07/2024	No. 22024003330	<i>VJ- Propuesta consumo combustibles contratistas obras públicas. -</i>	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
30/07/2024	No. 22024003341	<i>VJ-Comentarios al proyecto de resolución "Por medio de la cual se incrementan las tarifas de peajes a vehículos que transiten por el territorio nacional por estaciones de peajes a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y el Instituto Nacional de Vías (Invías)".</i>	MINISTERIO DE TRANSPORTE
6/08/2024	No. 22024003349	<i>VJ- Eventuales impactos del P.L. 037 de 2023S, por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. -</i>	COMISIÓN SEXTA SENADO DE LA REPÚBLICA / MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO / MINISTERIO DE TRANSPORTE / ANI
8/08/2024	No. 22024003354	<i>VJ - Inquietudes sobre implementación de documento equivalente por pago de peaje - Resolución No. 00165 del 1 de noviembre de 2023.-</i>	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
8/08/2024	No. 22024003355	<i>VJ - Comentarios y observaciones al Proyecto de Resolución "Por la cual se adoptan algunas definiciones relacionadas con la infraestructura vial y las metodologías para la identificación de sectores críticos de siniestralidad vial".-</i>	MINISTERIO DE TRANSPORTE
12/08/2024	No. 22024003361	<i>VJ - Eventuales impactos del P.L. 037 de 2023S, por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales.-</i>	SENADO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN SEXTA
12/08/2024	No. 22024003363	<i>VJ - Consideraciones proyecto de ley 123 de 2023 Cámara que crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial -.</i>	CÁMARA DE REPRESENTANTES



Bogotá D.C, 24 de julio de 2024

CC1 Nro.Radicado: 22024003330
Fecha: 2024-07-24 Hora: 14:40:00
Destinatario: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Doctor
RICARDO BONILLA GONZÁLEZ
Ministro de Hacienda y Crédito Público
Ciudad

Doctor
OMAR ANDRES CAMACHO MORALES
Ministro de Minas y Energía
Ciudad

Ref: Propuesta consumo combustibles contratistas obras públicas. -

Respetados señores Ministros,

El sector de la construcción continuamente jalona el mayor indicador de empleo según se demuestra con los indicadores del DANE, en que la tasa de desocupación de **mayo 2024 es del 10,3%** y este ha disminuido en comparación con el de mayo de 2023, el cual era del 10.5%.

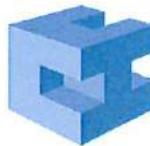
Las compras de obras públicas para el sector de construcción en vías de comunicación están coadyuvando en el primer trimestre de 2024 (enero – marzo), en el incremento del PIB con un aumento del 0,7% en precios constantes con relación al mismo trimestre de 2023.

Se observa un incremento en el valor agregado de la construcción de 0,7% en su variación anual, que se explica principalmente por el crecimiento del valor agregado de las obras civiles (7,6%) y el aumento de 0,7% de las actividades especializadas.

Es importante continuar con la sostenibilidad de estos indicadores de obras civiles como una política pública de generación de empleo y reactivación de la economía nacional, para lo cual se requiere la participación de la cartera de minas y energía, aunado con la política central de Hacienda Nacional.

El Decreto 1068 de 2015 en el acápite relacionado con el mecanismo diferencial de estabilización de precios de la gasolina de motor corriente y ACPM para grandes consumidores registrados en el Ministerio de Minas a través del **SICOM**, fue modificado a través del Decreto 0763 de junio 18 de 2024, que ajusta el mecanismo diferencial de la siguiente forma:

"Artículo 2.3.4.1.17. Mecanismo diferencial de estabilización de precios para Grandes Consumidores y aquellos consumidores finales que consuman



promedio anual más de 20.000 galones mes. Determiníñese el mecanismo diferencial de estabilización de precios de los combustibles para los Grandes Consumidores definidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.1.4 del Decreto 1073 de 2015, y para los consumidores finales que consuman en total un promedio anual superior a 20.000 galones mes, independientemente de su consumo por instalación o punto de entrega. En consecuencia, su ingreso al productor deberá ser, como mínimo, el precio de paridad internacional”¹.

Aunque la modificación del mecanismo diferencial no aplica para los sistemas de transporte terrestre masivo de pasajeros, ni las empresas ZNI, lo cierto es que, no se excluyó la aplicación de la modificación a los ejecutores y constructores de las obras públicas, lo que limita el consumo a un promedio anual de 20.000 galones mes, que resulta insuficiente de acuerdo con el promedio anual de la industria, puesto que la media del consumo mensual, es superior a esta cifra.

Por lo expuesto de la manera más atenta queremos solicitar a los señores Ministros estudiar la posibilidad de incrementar el mecanismo diferencial, promedio anual de 20.000 galones mes, estableciendo por lo menos un punto de entrega por cada uno de los contratos de obra suscrito con entidades del sector central, departamental, o municipal.

Agradezco señores Ministros se analice esta posibilidad o cualquier otra que permita dar sostenibilidad a las actividades de obras públicas, motor de las inversiones de las compras públicas en cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Quedamos atentos a sus valiosos comentarios.

Cordialmente,

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER

Presidente Ejecutivo

¹ Decreto 763 de 2024, expedido por Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía.

Bogotá D.C., 30 de julio de 2024

Doctora
MARIA CONSTANZA GARCÍA ALICASTRO
Ministra de Transporte
Ciudad

CCCI
Nro. Radicado: 22024003341
Fecha: 2024-07-30 Hora: 14:24:00
Destinatario: MINISTERIO DE TRANSPORTE
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Ref: *Comentarios al proyecto de resolución "Por medio de la cual se incrementan las tarifas de peajes a vehículos que transiten por el territorio nacional por estaciones de peajes a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y el Instituto Nacional de Vías (Invías)".*

Respetada ministra y amiga,

De la manera más atenta, en nombre del gremio que represento, queremos expresar nuestro reconocimiento a sus esfuerzos en aras de normalizar el esquema tarifario en las estaciones de peaje a cargo del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) y de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en lo concerniente a la indexación del IPC 2023, actualmente suspendido con ocasión de la expedición del Decreto 050 de 2023.

Es por lo anterior que respetuosamente sugerimos que en el proyecto de resolución *"Por medio de la cual se incrementan las tarifas de peajes a vehículos que transiten por el territorio nacional por estaciones de peajes a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y el Instituto Nacional de Vías (Invías)"*, que tiene por objeto reconocer el incremento parcial del cuatro coma sesenta y cuatro por ciento (4.64%) de las tarifas de peaje, se fije la regla para el reconocimiento del porcentaje restante (4.64%), así como las condiciones de tiempo y forma que permitan, aplicar los incrementos contractuales previstos en los contratos de concesión a cargo de la ANI, asociados a la terminación de obras y puesta en servicio de unidades funcionales, entre otros.

La anterior propuesta se sustenta en las inquietudes ya conocidas por la cartera respecto de la fecha máxima de vigencia de las medidas adoptadas en el Decreto 050 de 2023, esto es, que la normalización de las tarifas de peaje, tanto por indexación como por el incremento de las tarifas contractuales, debe hacerse, a más tardar, al 31 de diciembre de 2024. Sobre este particular, es importante tener en cuenta que en enero de 2025 deberá aplicarse la indexación con el IPC del año 2024, por lo que es oportuno que el 4.64% pendiente de indexación se realice con la mayor prontitud.

Al respecto, como lo hemos señalado, la importancia de restablecer la tarifa de acuerdo con las condiciones pactadas en los respectivos contratos busca que se preserve el equilibrio y la viabilidad financiera de los proyectos concesionados. Lo anterior debido a que los peajes son una importante fuente de financiación para la eficiente y efectiva construcción, operación y mantenimiento de las vías que transitan los usuarios en el territorio nacional, tal y como lo reconoce el artículo 30 de la Ley 105 de 1993.

Respetada ministra, agradecemos que esta sugerencia sea incluida en la versión definitiva de la resolución.

Atentamente,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VPJ

Bogotá D.C., 6 de agosto de 2024

Honorable Senador
PEDRO HERNANDO FLÓREZ PORRAS
Presidente
Comisión sexta del Senado

CCCI
Nro. Radicado: 22024003349
Fecha: 2024-08-06 Hora: 09:10:00
Destinatario: SENADO DE LA REPÚBLICA
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Honorable Senadora
ANA MARÍA CASTAÑEDA GÓMEZ
Vicepresidente
Comisión sexta del Senado

Honorable Senador
JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS
Secretario
Comisión sexta del Senado

Ref.: Eventuales impactos del P.L. 037 de 2023S, por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. -

Respetados parlamentarios,

De la manera más atenta, por medio de la presente comunicación sometemos a su consideración las observaciones y preocupaciones del gremio de la infraestructura respecto del proyecto de ley 037 de 2023 de Senado, *“por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales”*; iniciativa que tiene por alcance, entre otras cosas, lo siguiente: (i) establecer lineamientos para la estructuración de las tarifas de peajes a través de una fórmula tarifaria unificada; (ii) modificar los artículos 21, 22, 30 y 33 de la Ley 105 de 1993; y (iii) establecer una prohibición frente a la instalación de peajes en vías terciarias por parte de entidades de orden nacional.

Desde el gremio hemos insistido que la normatividad que regula las concesiones y los peajes ha sido objeto de propuestas modificatorias a través varias iniciativas legislativas, entre ellas: (1) Proyecto de ley 030 de 2022C, *“Por medio del cual se modifica el artículo 21 de la Ley 105 de 1993”*; 2) Proyecto de ley 141 de 2022C, *“por la cual se establecen medidas a favor de las personas afectadas por el cierre de las vías terrestres en Colombia y se dictan otras disposiciones”*; (3) Proyecto de ley 142 de 2022S, *“por la cual se dictan normas para garantizar los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de los individuos mediante una movilidad segura, sostenible e incluyente para todos los actores viales, se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*; (4) Proyecto de ley 188 de 2022C, *“Por medio de la cual se exonera a todas las personas con discapacidad del pago del 100% de tasas y tarifas de peajes por todas las carreteras y autopistas de Colombia, modificando y adicionando artículos de la ley 105 de 1993 y se dictan otras disposiciones”*; y (5) Proyecto de ley 090 de 2023, *“Por medio del cual se regula la administración y operación en materia de peajes, se promueve la equidad vial y se dictan otras disposiciones”*.

En caso de que una o todas las iniciativas antes referidas sean sancionadas como leyes de la república, la afectación sobre el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura de transporte será estructural, habida cuenta que las tarifas de peaje constituyen una de las fuentes de ingreso y pago de la financiación más importante para hacer posible la construcción y conservación de la red vial y demás estructuras que la conforman.

De otra parte, resulta preocupante, en términos de seguridad jurídica y confianza inversionista, el trámite de iniciativas legislativas que tienen por finalidad modificar el marco jurídico bajo el cual se celebraron los contratos de concesión y las Asociaciones Público-Privada en el país.

A continuación, presentamos las consideraciones del gremio sobre la iniciativa legislativa referenciada en el asunto.

1. Bondades del recaudo de peaje en el desarrollo de la infraestructura de transporte

Respetados representantes, en aras de aportar al debate de la iniciativa legislativa, en este primer numeral abordaremos, de una parte, el contexto en el que se ha desarrollado la infraestructura en los últimos cincuenta años, y de otra, el papel decisivo que han tenido los peajes y la participación privada en la construcción y mantenimiento de las vías nacionales en nuestro país. Valga aclarar, que las siguientes consideraciones se elaboraron a partir de los documentos de política pública expedidos por el CONPES desde los años sesenta.

A finales del siglo pasado, una de las mayores preocupaciones del Gobierno nacional en torno a la infraestructura de transporte fue el evidente atraso del país en la construcción de sistemas viales que permitieran la conectividad de las regiones y promovieran la competitividad de Colombia en los mercados internacionales. Muestra de lo anterior, son las consideraciones y conclusiones plasmadas en los CONPES 255, 550, 2338, 2522, 2561, 2597, 2686, 2691, entre otros, los cuales dan fe de las deliberaciones del Consejo sobre tres situaciones particulares (i) la notoriedad del atraso de las carreteras; (ii) las dificultades de nuestra geografía para el desarrollo de las infraestructuras; y (iii) los cursos de acción del poder ejecutivo para cerrar la brecha en materia de vías.

En varios de los documentos antes mencionados, se abordaron las preocupaciones referidas previamente, por lo que transcribiremos las partes pertinentes de los CONPES que dan cuenta de esta realidad:

(i) En los CONPES 2522 y 2686, el Consejo de Política Económica plasmó sus inquietudes por la creciente presión fiscal que estaba ejerciendo el mantenimiento de las vías sobre el tesoro público del Gobierno nacional:

- En el CONPES 2522 se estableció la baja capacidad de inversión del Ministerio de Transporte para atender la creciente demanda de infraestructura vial:
“(...) Esto indujo un aumento en las demandas regionales hacia el nivel central. Hoy existen cerca de 1500 leyes de nacionalización de vías. Esta situación obligó a atomizar aún más los recursos y a mantener una excesiva planta de personal para el mantenimiento de las carreteras.

(...)

La capacidad de inversión del Ministerio de obras se ve afectada por el manejo de los recursos realizado por la Tesorería General de la Nación. El Fondo Vial Nacional y Caminos Vecinales sufren los efectos de las medidas macroeconómicas, lo cual ha perjudicado y retrasado la ejecución de los proyectos.

El rezago presupuestal, o sea la diferencia entre las apropiaciones y los pagos efectivos, ha hecho que los contratistas deban financiar las obras mientras reciben el pago de tesorería. Estos retrasos elevan el costo de los proyectos y dificultan el cumplimiento de las metas. (negrilla nuestra).

- En el CONPES 2686 se insistió en la necesidad de encontrar otras fuentes de financiación para la construcción de la infraestructura vial, y de esta manera atender la creciente demanda en materia de vías:

"Actualmente la red vial a cargo de la Nación tiene una longitud de 26.500 Km, de los cuales cerca del 65% requiere de algún nivel de rehabilitación. El Gobierno Nacional ha venido realizando inversiones en rehabilitación y mantenimiento del orden de US \$100 millones por año. Sin embargo esto no ha sido suficiente, ya que el costo de las labores para la recuperación total de red asciende a irnos (sic) US \$850 millones, lo cual representa 1.5 veces el presupuesto del Instituto Nacional de Vías de la vigencia fiscal de 1993. De otra parte, los incrementos acelerados en los niveles de tráfico ocasionados por la apertura económica han generado nuevas necesidades de construcción y ampliación en las principales vías de comercio exterior y en las zonas de influencia de las áreas urbanas.

Se han presentado limitaciones técnicas y financiera para responder a estas demandas. Por un lado, la lentitud e ineficiencia del sector público en la ejecución directa de las obras, y por otros, la ***insuficiencia de disponibilidad presupuestal.*** Adicionalmente, ***sólo se ha llevado a cabo parcialmente una política de cargos a los usuarios con el fin de recuperar los costos.*** Para solucionar estos problemas, el Gobierno ha emprendido un programa de concesiones, con la participación del sector privado en la financiación y ejecución de las labores de construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías estratégicas" (negrilla nuestra).

- (ii) Por su parte los CONPES 56 de 1968, 255 de 1969 y 2522 de 1991 plantearon las dificultades que enfrentaron los Gobiernos para acometer las obras de infraestructura en el país. Respecto a lo anterior, los referidos documentos enfatizaron en las dificultades de la geografía colombiana:

- En el CONPES 56 de 1968 se expresaron los alcances de la regionalización, los efectos de la geografía sobre ese proceso y la incidencia de estos aspectos en la cantidad de vías disponibles:

"La regionalización tiene la gran ventaja de que permite establecer diferencias entre los distintos lugares, diferencias que, como se anotó atrás, no sólo están en el aspecto geográfico sino en las características del suelo, del régimen de aguas, del piso térmico y de la vegetación. Tales diferencias han determinado, regionalmente, un menor o mayor poblamiento, un menor o mayor desarrollo e intensidad en el aprovechamiento de los recursos naturales y, como consecuencia de todo eso, una menor o mayor abundancia de vías de comunicación" (negrilla nuestra).

“(…)

	<u>Habitantes por Km²</u>
Andina Oriental	52.8
Andina Occidental	55.0
Caribe	71.7
Valle del Magdalena	28.4
Pacífico	3.9

En las tres primeras regiones se reparte el 95.8 por ciento de la población, siendo prominente dentro de dicho porcentaje el peso que reciben las regiones Andinas, equivalente al 70.9 por ciento.” (negrilla nuestra).

- En el CONPES 255 se analizaron las alternativas de solución para un sector de las vías en el sur del país, con el objetivo de financiar su construcción a través de un crédito externo. Este instrumento resaltó, entre otros, las problemáticas ligadas a la condición del suelo:

“Existen algunas dudas técnicas y económicas respecto a la alternativa propuesta por el Ministerio. La región entre Popayán y Pasto es de origen volcánico reciente, y salvo los valles aluviales del río Patía se caracteriza por la inestabilidad de sus formaciones geológicas.

No obstante ninguno de los estudios conocidos por el Departamento, ni la solicitud de financiamiento contienen consideraciones ni mapas geológicos sobre la región. El país conoce ejemplos costosos y de difícil solución como la carretera Bucaramanga – Barrancabermeja debidos a deficiente (sic) geológico de la región” (negrilla nuestra).

- De otro lado, en el CONPES 2522 de 1991 se reiteró lo consignado en los anteriores documentos:

“A. Características Físicas y Operativas

… De acuerdo con el diseño y trazado, el 47% del sistema vial recorre terreno montañoso y escarpado, el 34% terreno plano y el 19% ondulado. Por la dificultad del terreno, las vías de la red troncal con altísimo tráfico tienen especificaciones correspondientes a vías de segundo orden. Una misma troncal está constituida por tramos con diferentes condiciones de diseño”.

- (iii) Sin embargo, el CONPES 2522 ilustró sobre la crisis que afrontaría el país en el caso de que no se adopten las estrategias o cursos de acción para superar el atraso en infraestructura¹, lo cual constituye una radiografía de lo que acontecía a principios de los años 90:

¹ CONPES 2597 DE 1992

“Ante la escasez de recursos públicos y teniendo en cuenta la necesidad de apoyar la política de apertura, el Gobierno ha iniciado la búsqueda de recursos complementarios para la ejecución de aquellas obras con alta demanda y mayores índices de congestión. El contrato de obra pública por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso. El país requiere de grandes inversiones en infraestructura vial para fortalecer el proceso de apertura que ha puesto en marcha el presente gobierno. Para apoyar las inversiones del Plan Vial de la Apertura el gobierno ha establecido la importancia

"Los departamentos y municipios han adelantado la construcción y mantenimiento de apenas cerca de la mita de las vías regionales. Como consecuencia, el fortalecimiento del centralismo tuvo una doble expresión. De una parte se debilitaron técnica, financiera y administrativamente los entes locales ejecutores de obras y las regiones desatendieron el desarrollo de las vías que les correspondía (...) Esto indujo un aumento en las demandas regionales hacia el nivel central. Hoy existen cerca de 1500 leyes de nacionalización de vías. Esta situación obligó a atomizar aún más los recursos y a mantener una excesiva planta de personal para el mantenimiento de las carreteras.

(...)

III. Situación actual

El Ministerio de Obras atiende cerca de 56 mil kilómetros. El Fondo Vial Nacional tiene a su cargo la red troncal y el 55% de la red secundaria (20 mil Km). Por su parte, Caminos Vecinales atiende el 52% de los caminos de penetración (30 mil KM) y el resto está a cargo de los departamentos y municipios.

A. Características Físicas y Operativas

La localización en la zona Andina de los principales centros de producción y consumo, unida a la compleja topografía del país, definieron un sistema de carreteras con características difíciles. De acuerdo con el diseño y trazado, el 47% del sistema vial recorre terreno montañoso y escarpado, el 34% terreno plano y el 19% ondulado. Por la dificultad del terreno, las vías de la red troncal con altísimo tráfico tienen especificaciones correspondientes a vías de segundo orden. Una misma troncal está constituida por tramos con diferentes condiciones de diseño.

(...)

B. Aspectos institucionales y administrativos

(...) En 1990 se pagó a las microempresas cerca de \$210.000 por kilómetro mantenido, equivalentes a una cuarta parte del costo de su ejecución directa por los Distritos. Las microempresas habrían inducido un ahorro sustancial de costos si lo Distritos hubieran descontado estas actividades de su presupuesto, pero no lo han hecho.

(...) Internamente dentro del Ministerio de Obras, existe una gran dispersión de las responsabilidades y una duplicidad frecuente de esfuerzos. No existe coordinación entre las diferentes dependencias, lo cual obstaculiza su gestión. Los sistemas contables son deficientes y los controles de los proyectos escasos.

(...) La capacidad de inversión del Ministerio de obras se ve afectada por el manejo de los recursos realizado por la Tesorería General de la Nación. El Fondo Vial Nacional y Caminos Vecinales sufren los efectos de las medidas macroeconómicas, lo cual ha perjudicado y retrasado la ejecución de los proyectos.

de concentrar la acción del gobierno central en vías de carácter nacional y descentralizar la ejecución de las vías regionales." (negrilla fuera de texto)

El rezago presupuestal, o sea la diferencia entre las apropiaciones y los pagos efectivos, ha hecho que los contratistas deban financiar las obras mientras reciben el pago de tesorería. Estos retrasos elevan el costo de los proyectos y dificultan el cumplimiento de las metas.

C. Fuentes y Usos (sic) de los Recursos (sic) del MOPT

*El Ministerio de Obras Públicas y Transporte paga la inversión en carreteras, el servicio de la deuda y parte importante de su funcionamiento con recursos del impuesto a los combustibles, **recaudo de peaje**, crédito externo y, en menor escala, con otros aportes provenientes de convenios y cofinanciación.*

(...) Las limitaciones han conducido a una gran ineficiencia en la ejecución de los proyectos. El Fondo Vial Nacional se encuentra adelantando 122 proyectos a través de 193 contratos de obra y 120 de interventoría, cuyo costo estimado para ser terminados es de aproximadamente US \$700 millones. Aun sin iniciar nuevos proyectos, como el país lo requiere, una buena fracción de estos no se concluirían en el presente siglo" (negrilla nuestra)

Ahora bien, a partir de los referidos documentos CONPES, instrumentos oficiales de política pública, se obtienen algunos números apreciables que evidencian la importancia de los peajes y de la participación privada en la construcción de la infraestructura, una tarea que demanda grandes flujos de capital:

- (i) En el año de 1914, según el CONPES 2522, el inventario de carreteras disponibles ascendía a 600 km, pero no se observan distinciones respecto del tipo de vía y la calidad de estas (pavimentadas o vías en afirmado):

"Al comienzo del presente siglo, los caminos de herradura, los ferrocarriles y la navegación fluvial eran aún los principales medios de transporte. En 1905, siendo presidente el General Rafael Reyes, se creó el Ministerio de Obras Públicas, el cual expidió las normas para la construcción de las primeras carreteras nacionales. En 1914 se contaba ya con cerca de 600 Km de vías aisladas, siendo la más importante, la aún inconclusa, carretera Central del Norte" (negrilla nuestra).

- (ii) Hacia el año de 1930, la cantidad de kilómetros de vías disponibles era 5.700 KM, sin que se pueda identificar la calidad de estas y el tipo de vías (primarias, secundarias o terciarias):

"La introducción del automóvil, impulsó la construcción de carreteras que, inicialmente, sólo buscaron la comunicación de algunos municipios con sus centros regionales. Aunque en 1930 había 5700 km de carreteras, estas vías no constituyan una red integral. La comunicación con el resto del mundo se hacia (sic) principalmente por el Río Magdalena." (negrilla nuestra)

- (iii) En el año 1991, el CONPES 2522 documentó que el total de carreteras existentes alcanzó una longitud aproximada de 100.000 km, distribuida de la siguiente manera:

“La totalidad de las carreteras existentes alcanza una longitud aproximada de 100 mil kilómetros. De acuerdo con las características de diseño y los volúmenes de tráfico actuales, las vías se clasifican en troncales, secundarias y de penetración o veredales. La conformación de la red y sus respectivos costos promedio se presentan en el cuadro 1” (negrilla fuera de texto).

	Long. Km.	Construcción \$millones/Km	Mejoramiento \$millones/Km	Mejoramiento \$millones/Km
Troncal	6.000	350	150	5
Secundaria	38.000	120	90	3
Penetración	58.000	30	10	1

Tabla elaborada en el CONPES 2522

- (iv) Posteriormente, en el CONPES 2691 de 1994, se reiteró que la longitud aproximada de las vías era de 107.377 km, distribuidas entre vías nacionales, departamentales, municipales.
- (v) En el Plan Maestro de Transporte Intermodal publicado en el año 2015 se dejó establecido que la red de carreteras del país estaba constituida por 204.855 Km de vías, de los cuales solo el 7% se encontraba pavimentada:

“Por otro lado, según el anuario Estadístico Sector Transporte (2014), Colombia suma 204.855 km de carreteras (porcentaje pavimentado inferior al 7%, según IDB 2014), de las que 17.434 km son vías primarias (11.194 a cargo de INVIA, 10.211 concesionados a cargo de ANI); y 187.421 km de vías secundarias y terciarias; de estos, 59.096 km están a cargo de los departamentos, 100.748 km a cargo de los municipios y 27.577 km a cargo del INVIA” (negrilla nuestra).

Para finalizar este acápite, es importante recordar los cursos de acción recomendados por el CONPES para superar el atraso:

- En el CONPES 2522 de 1991 se recomendaron las siguientes:

“El DNP recomienda al CONPES:

3. Solicitar al Ministerio de Obras y Públicas y Transporte la preparación de un proyecto Ley (sic) en donde se defina la nueva estructura institucional del sector vial. Con ella se buscará la entrega de la responsabilidad de las carreteras regionales a los departamentos y la modificación de las entidades involucradas (...)

4. En esta Ley (sic) se incluirán las fuentes de ingresos requeridos para la financiación de vías.

5. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte revisará los aspectos legales de los estatutos de contratación y presupuesto, y las normas de procedimiento interno de las entidades, con el fin de agilizar la ejecución de los proyectos viales, garantizado la colocación de recursos y el pago oportuno de las obras. Debe proveerse mecanismos para la contratación ágil de obras de emergencia y de conservación”

- En los documentos CONPES 2597 y 2686 se establecieron recomendaciones para atender la deficiencia en materia de carreteras y obras de infraestructura de transporte:

CONPES 2597	CONPES 2686
<p><i>"1. Encargar al Ministerio de Obras Públicas y transporte:</i></p> <p><i>a. La preparación de la documentación legal, técnica y financiera para los proyectos.</i></p> <p><i>b. La promoción activa de los proyectos entre los inversionistas privados, para lo cual deberá conformar un grupo en el Ministerio y/o contratar entidades especializadas.</i></p> <p><i>c. La preparación de los pliegos de licitación de algunos proyectos piloto durante este gobierno.</i></p> <p><i>(...) Para acelerar el comienzo de este nuevo esquema, el Ministerio de Obras tendrán en cuenta las siguientes prioridades:</i></p> <p><i>a. Comenzar aquellos proyectos que, por su tamaño y características, no requieran recursos públicos.</i></p> <p><i>b. Avanzar rápidamente en la calzada Buga-Tulúa- La paila que, por tener la posibilidad de recursos departamentales, solo requerirá un aporte presupuestal de 1.000 millones de pesos, que se apropiarán..."</i></p>	<p><i>"1. Encargar al Ministerio de Transporte:</i></p> <p><i>a. La preparación de la documentación legal, técnica y financiera de los proyectos según los lineamientos presentados en este documento.</i></p> <p><i>b. La promoción activa de los proyectos entre los inversionistas privados.</i></p> <p><i>c. La promoción de proyectos nuevos a través de sociedades mixtas regionales.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>6. Encargar al Ministerio de Transporte la evaluación continua de proyectos de concesión adicionales, de acuerdo con los crecimientos en el tráfico y en las obligaciones contractuales y créditos vigentes.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Encargar al Ministerio de Transporte para que, en conjunto con el Departamento Nacional de Planeación presente a consideración de CONPES, a más tardar al finalizar el primer semestre de 1954 una política de cargos a los usuarios de carreteras".</i></p>

En atención a las sugerencias formuladas por el CONPES, el Gobierno nacional ha venido implementando acciones en pro de superar el rezago histórico de la infraestructura vial del país; labor que implica aún la destinación de considerable de recursos.

Sobre el particular, es importante resaltar que gracias a los peajes y a las concesiones se han logrado intervenir 10.000 km de carreteras en los últimos 29 años, además de los 1.111 puentes y viaductos y 80 túneles de las mejores especificaciones ingenieriles. Tan solo los proyectos de cuarta generación de concesiones viales generarán una disminución promedio de aproximadamente 30% en los tiempos de desplazamiento, un ahorro de más de 929 minutos para los transportadores de carga y, además, por cada billón de pesos invertido en infraestructura, se generan cerca de 28.000 puestos de trabajo en el país.

Todo lo anterior redunda en incentivos para el incremento del comercio nacional e internacional, es un estímulo importante para el turismo interno y dinamiza los demás sectores de la economía, ya que cada \$1 peso adicional en la demanda de obras civiles genera un incremento de \$2,72 pesos en todos los demás sectores de la economía².

2. Efectos de las medidas en la ejecución de contratos estatales que tienen por objeto la construcción, mantenimiento y operación de las vías

Apreciados ponentes, revisados los textos de los borradores de artículo 1 y 2 de la iniciativa legislativa, se identifican los siguientes alcances:

² Informe Mensual de Fedesarrollo 179 Tendencia Económica. Fedesarrollo (2017). Recuperado del sitio web: <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3468/TE%20179%20Octubre%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- i) La creación de lineamiento para fijar tarifas, establecer incrementos anuales y determinar la distancia mínima entre casetas de peaje.
- ii) Del proyecto de artículo 2 se pretenden, entre otros, los siguientes objetos: (1) Establecer en cabeza del Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación la expedición de una reglamentación **marco** a través de la cual se estructure una **fórmula tarifaria unificada** para los peajes y la variación anual correspondiente; mandato que deberá desarrollarse en función de las externalidades generadas por el tránsito vehicular, el estado de la infraestructura y el uso efectivo de la misma, la recuperación de los costos de operación y mantenimiento, los criterios socioeconómicos y la capacidad de pago de los habitantes del área de influencia de la estación, y (2) Fijar distancias mínimas para instalar peajes y cobrar la tarifa.

En lo que respecta al objeto de los artículos mencionados, no debe perderse de vista que la viabilidad financiera de los contratos de concesión gira alrededor del cobro y recaudo de tarifas de peaje a los usuarios de la vía, columna vertebral de financiación del sistema y cuya modificación genera, indudablemente, impactos significativos en su desarrollo e inversión.

Es así como los contratos de concesión cuentan con una estructura tarifaria integral, en virtud de la cual se viabiliza la ejecución del proyecto, en términos financieros, en la medida en que constituye la fuente principal de recursos para el pago de las intervenciones encaminadas a construir y mantener la infraestructura. Bajo ese entendido, de no contar con la financiación de los proyectos a través de los peajes, el peso de la inversión en la infraestructura recaería en el presupuesto de la Nación, a través de impuestos a los contribuyentes que, en gran medida, no usan ni se benefician de manera directa de la red vial nacional, lo que implica no solo apartarse del principio internacional según el cual *“quien usa, paga”*³ ⁴, propio de esta clase de modelos, sino que también supone la implementación de una inequitativa y regresiva política pública que además conllevaría a la reducción de la capacidad de gasto de los impuestos en sectores prioritarios que no tienen otra fuente de financiación, como son el sector salud, educación, seguridad y justicia.

Ahora bien, es importante recordar que el esquema tarifario y la instalación de las casetas de peaje son el resultado de un análisis integral de varios elementos, dentro de los cuales se encuentra el beneficio que genera la infraestructura a los usuarios y el costo de la operación y mantenimiento del corredor⁵, entre otros, cuya sinergia permite darle cuerpo al valor de las tarifas y a la cantidad de casetas requeridas. Vale la pena resaltar, que el desarrollo de los proyectos de infraestructura vial suponen, por su esencia, la ejecución de actividades e intervenciones determinadas acordes a las necesidades y particularidades de cada caso, escenario que permite entender que su alcance y condiciones no son homogéneas y por ende, cada proyecto a implementar cuenta con un esquema tarifario específico y particular, a partir del cual se soporta, puntualmente, la ejecución de las intervenciones y actividades que correspondan.

Es por ello, apreciados ponentes, que establecer una reglamentación marco, mediante un sistema de unificación de fórmulas tarifarias y reglas precisas para los incrementos de estas, e implementar

³ Analysis of the Japanese Toll Expressway System in the Framework of the Current Trend of the Toll Road Business in the World. José Manuel Vassallo (1999)

⁴ Surface Transportation News: Losing the User-Pays Principle, Biden's Broadband Plan and More. Robert Poole. (2021) Recuperado de: <https://reason.org/transportation-news/user-fees-for-infrastructure-the-coming-amtrak-freight-rail-conflict-toll-road-cash-cows-and-more/>

⁵ Ley 105 de 1993, artículo 21.

una distancia mínima entre casetas de peaje, es incompatible con las características técnicas y financieras del modelo, especialmente si se tiene en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, debido a las características de la geografía nacional, las intervenciones que debe hacer cada proyecto, en cada uno de los tramos concesionados, son completamente heterogéneas. No es lo mismo la construcción de un túnel, que la construcción de una doble calzada, el mejoramiento de una existente, o la construcción de viaductos. No es lo mismo construir en zona montañosa que en zona húmeda o en zona árida. Por lo tanto, el costo de los peajes corresponde directamente con las intervenciones realizadas por los concesionarios en la zona.
- Adicionalmente, derivado también de la heterogeneidad de los proyectos que se llevan a cabo en el país, es posible que algunos de ellos abarquen menor cantidad de kilómetros, pero mayor cantidad de obras a ejecutar u obras de mayor complejidad técnica y de mayor costo económico. De allí que establecer una distancia mínima de las casetas de peaje en el territorio nacional, puede tener como consecuencia que no sea posible financiar y por ende ejecutar proyectos necesarios para el país cuyo costo excede el recaudo de una sola caseta de peaje.
- Por otra parte, sin necesidad de reestructurar la normativa aplicable, se tiene que la determinación de la tarifa de peaje correspondiente a cada proyecto no es una cifra tomada al azar. De hecho, tal como lo establece actualmente el ordenamiento jurídico colombiano⁶, para definir la instalación de una estación de peaje así como para fijar su tarifa, siempre debe tenerse en cuenta, de una parte, los beneficios que la infraestructura le otorga a los usuarios (de tal manera que los ahorros que estos obtengan compensen o excedan el valor del peaje) y, de otra, el mayor o menor costo que el tránsito de un determinado vehículo implique en el mantenimiento y operación de la carretera, basando esta determinación en la aplicación del criterio constitucional de equidad fiscal.
- Además, tal como lo prescribe el ordenamiento jurídico vigente⁷, cuando se opta por un contrato de asociación público-privada en lugar de un contrato de obra pública tradicional, la decisión viene precedida de un análisis minucioso llevado a cabo por las entidades públicas técnicamente competentes, mediante la aplicación de una metodología especializada conocida como comparador público-privado o cálculo del valor por dinero (VpD). Esta herramienta permite determinar si existe mayor valor para la sociedad al contratar el proyecto mediante una concesión o APP, en comparación con una obra pública, teniendo en cuenta factores como el pago al contratista, los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura, la asignación de riesgos entre las partes, entre otros. Este ejercicio concluye con la comparación en valor presente de ambos métodos de provisión de infraestructura, buscando definir cuál de las dos modalidades de contratación resulta más económica para el Estado y la sociedad.

De lo anterior se desprende que cuando las entidades competentes optan por la celebración de contratos APP cuya fuente de financiación principal son los peajes, en lugar de un contrato de obra pública tradicional, es porque los beneficios tanto económicos como sociales son superiores para el país. Por esta razón, si bien las casetas de peaje y sus tarifas

⁶ Ley 105 de 1993, artículo 21.

⁷ Ley 1508 de 2012, artículo 11.

pueden ser *prima facie* llamativa para los usuarios, una visión en perspectiva del beneficio adquirido, permite concluir que este es superior a lo que se hubiera logrado con un contrato de obra pública con cargo al presupuesto de la Nación.

Sobre este particular, señalamos la conveniencia de analizar los CONPES de política pública que dan cuenta de la incapacidad del presupuesto público y de la institucionalidad para realizar las inversiones necesarias que permitan el desarrollo de la infraestructura, tal y como hemos referenciado en los apartes recortados y transcritos en la presente comunicación.

- Por último, es preciso resaltar que los contratos de concesión que ya se encuentran en ejecución (que son más de 30 proyectos), cuentan con unas condiciones pactadas entre las partes las cuales deben ser honradas tanto por el contratante público como por el contratista privado, y un cambio en la legislación que afecte el contrato respecto a la ubicación de las cassetas de peaje o de la tarifa de los mismos, es un riesgo generalmente en cabeza de la entidad contratante. Es por esta razón que el proyecto de ley en comento puede traer consecuencias económicas para las entidades públicas contratantes, lo cual también podría desatar una alta litigiosidad que afectaría la ejecución de los proyectos, lo que se traduce en mayores costos económicos y sociales para el país.

De otra parte, en lo atinente al cambio propuesto en el artículo 3 del proyecto de ley, especialmente aquel establecido en el literal d), mediante el cual se condiciona la fijación de las tarifas de peaje al nivel avance de las obras, el estado de la infraestructura, entre otros aspectos, consideramos importante recordar que los contratos de concesión contienen en su estructura un mecanismo de retribución de las inversiones realizadas por el privado, el cual se confecciona, en efecto, en dichos elementos para poder reconocer las obras realizadas siempre que cumplan con unos indicadores que permitan garantizar el uso del corredor en condiciones de seguridad.

2.1 Incrementos anuales e implementación de tarifas diferenciales

Adicional a lo anterior, vemos con preocupación la redacción propuesta para el literal f) del mencionado artículo 3 del proyecto, relacionada con el incremento anual de la tarifa de peaje el cual no podrá ser, según el borrador, superior a la variación del IPC del año anterior. Al respecto, se recuerda la importancia que ostentan los esquemas tarifarios en el avance y desarrollo de los proyectos concesionados y la necesidad de contar con un recaudo de peaje que permita retribuir la inversión correspondiente a las obras y el costo de la operación y mantenimiento del corredor.

Es por ello que atar los incrementos anuales únicamente al IPC y, además, a una cifra inferior al resultado que año a año arroje este indicador, no solo genera incertidumbre en el eje central de la financiación de los contratos, debido al desconocimiento de la cifra final del IPC anual, sino que, a su turno, impacta la estabilidad del modelo financiero de cada proyecto en la medida en que el incremento tarifario y en esencia el esquema de tarifas de los contratos de concesión están compuestos por varios factores dentro de los cuales se encuentra el tráfico, el valor de la inversión y del mantenimiento y el beneficio que genera el uso de la infraestructura, entre otras cosas. Es indispensable recordar que la estructura tarifaria de las concesiones no corresponde a una decisión arbitraria o injustificada del estructurador del proyecto, sino que, por el contrario, se trata de una figura que soporta la viabilidad financiera del modelo y garantiza el desarrollo económico y vial del país.

Con fundamento en lo anterior, supeditar la fijación de las tarifas a un factor de naturaleza fluctuante puede generar graves impactos en la ejecución de los contratos de concesión, en especial, en la financiación y pago de las inversiones requeridas en cada uno de ellos.

En la misma línea y frente al contenido del literal g) del artículo 3, es importante poner en conocimiento de los respetables ponentes que tanto el ordenamiento jurídico vigente como las reglas contractuales pactadas en los contratos de concesión, prevén la asignación de tarifas diferenciales para los pobladores de las áreas de influencia de los corredores viales. En estos casos, y atendiendo a unos requerimientos específicos, los usuarios que acrediten tales requisitos serían beneficiarios de una menor tarifa, lo cual tiene como fin mitigar los impactos socioeconómicos.

2.2 Impactos en la sostenibilidad financiera de los proyectos que tengan por objeto la construcción de infraestructura vial

Respetados representantes, en el caso dado de que se afecte el sistema de peajes, ya sea mediante la determinación de distancias mínimas, fijando restricciones para su instalación o incluyendo términos de ejecución que difieren de la realidad de estos contratos, indudablemente se impactaría la sostenibilidad financiera de cualquier tipo de proyecto de infraestructura del modo carretero, habida cuenta que se estaría comprometiendo una de las fuentes de pago más importantes para remunerar las intervenciones ejecutadas en las vías.

Si la infraestructura no se puede financiar con los peajes o con un porcentaje relevante de estos recursos, entonces el peso de la inversión en la infraestructura recaerá en el presupuesto de la nación a través de impuestos a los contribuyentes que, en gran medida, no usan ni se benefician de manera directa de la red vial nacional, lo que implica una inequitativa y regresiva política pública que conllevaría a la reducción de la capacidad de gasto de los impuestos en sectores prioritarios como son el sector salud, educación, seguridad y justicia, los cuales no cuentan con otros recursos para su concreción.

En atención a los impactos señalados en líneas precedentes, consideramos importante que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronuncie sobre el impacto fiscal que la iniciativa legislativa, en caso de aprobarse, tendrá sobre el Presupuesto General de la Nación, en lo que respecta a los pagos de las compensaciones por las inversiones efectuada por los contratistas durante la ejecución del proyecto. La anterior solicitud se sustenta en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003⁸.

Este tipo de beneficios, al igual que los proyectos de ley que actualmente cursan en el Congreso y mediante los cuales se pretende modificar el esquema de los peajes, repercuten inexorablemente en la estructura tarifaria de los contratos de concesión actualmente en ejecución, lo que podría afectar la liquidez y el flujo de caja de los proyectos y, con ello, afectar el cumplimiento de las obligaciones de financiación adquiridas por las concesiones.

⁸ ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Así las cosas, respetuosamente solicitamos analizar la inconveniencia de seguir adelante con el trámite de la iniciativa legislativa objeto de comentarios.

Esperamos que estas observaciones sean tenidas en consideración a lo largo del debate parlamentario, y ofrecemos nuestra colaboración para realizar los análisis que estimen necesarios para ahondar en las razones presentadas.

Con todo comedimiento,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ/EO

c.c. Dr. Ricardo Bonilla – Ministro de Hacienda y Crédito Público
Dra. María Constanza García – Ministra de Transporte
Dr. Francisco Ospina – Presidente de la ANI

Bogotá D.C., 8 de agosto de 2024

CCCI Nro. Radicado: 22024003354
Fecha: 2024-08-08 Hora: 10:48:00
Destinatario: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Doctor

JAIRO ORLANDO VILLABONA ROBAYO

Director General

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Ciudad

Ref: Inquietudes sobre implementación de documento equivalente por pago de peaje - Resolución No. 00165 del 1 de noviembre de 2023.-

Respetado director,

De la manera más atenta, y en consideración a la necesidad de implementar documento equivalente por el pago de las tarifas de peaje en las estaciones a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, me dirijo a su despacho con el fin de proponer una sesión de trabajo conjunta entre los representantes de los concesionarios viales, la CCI, y los miembros directivos que considere delegar, para efectos de abordar algunas preocupaciones transversales asociadas al cumplimiento de obligaciones definidas en las resoluciones No. 165 del 1 de noviembre de 2023, No. 008 de 131 de enero de 2024 y 119 del 30 de julio de 2024.

Por lo anterior, y atendiendo a la disponibilidad de sus agendas, amablemente sugerimos las siguientes fechas para adelantar esta primera sesión de trabajo, la cual se puede realizar de manera presencial en su despacho o en las oficinas de la CCI:

- Martes 10 de septiembre 2:30 pm - 4:00 p.m.
- Miércoles 11 de septiembre 9:00am - 10:30 a.m.
- Miércoles 11 de septiembre 2:30pm - 4:00 p.m.

Si no es posible en las fechas antes mencionadas, agradecemos nos puedan sugerir un par de alternativas.

Quedamos atentos a su amable respuesta, y agradecemos de antemano la disposición de las entidades sobre este particular.

Atentamente,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VPJ



|Bogotá D.C., 08 de agosto de 2024

Doctora
MARÍA CONSTANZA GARCÍA ALICASTRO
Ministra de Transporte
MINISTERIO DE TRANSPORTE
Ciudad

CCCI
Nro. Radicado: 22024003355
Fecha: 2024-08-08 Hora: 12:12:00
Destinatario: MINISTERIO DE TRANSPORTE
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Ref: *Comentarios y observaciones al Proyecto de Resolución "Por la cual se adoptan algunas definiciones relacionadas con la infraestructura vial y las metodologías para la identificación de sectores críticos de siniestralidad vial".-*

Respetada Ministra y amiga,

En atención al proyecto de resolución del asunto, nos permitimos, respetuosamente, someter a su consideración las observaciones del gremio sobre la iniciativa regulatoria, incluido el documento denominado Anexo 1, tal y como se abordará a continuación.

Como primera medida, se observa que, si bien el proyecto de resolución se enfoca en definir los conceptos de siniestralidad, punto, tramo y sector crítico, lo cierto es que en la redacción propuesta se echan de menos los factores de calificación necesarios para asignar dichas nociónes a los tramos que hacen parte de los proyectos de infraestructura vial.

Así, es clave, en aras de lograr una correcta implementación del acto administrativo, que la resolución establezca los indicadores necesarios que permitan adecuar los tramos adscritos a los proyectos, dentro de las definiciones mencionadas. En ese sentido, se propone incluir un indicador de accidentalidad y determinar cómo debe calcularse para garantizar una asignación adecuada para cada proyecto.

Ahora bien, en cuanto al contenido del Anexo *"Metodologías para la identificación de sectores críticos de siniestralidad vial"*, vale la pena manifestar que hay falta de claridad en la aplicación de la metodología para calcular el número de siniestros simples que se indican en la columna final de la tabla *"Método de frecuencia de siniestros en un tramo vial"*, cuyo encabezado indica *"Número de Siniestros con simples"* y que hace parte de la Sección 4.1, en la medida en que no se encuentra en el documento ningún factor o criterio que permita entender qué se entiende por *"simples"* para esta categoría.

Jerarquía vial	Sector	Función	Longitud (Km)	Periodo de tiempo	Número de siniestros con muertos	Número de Siniestros con Heridos	Número de Siniestros con simples
		Autopistas: Movilidad					

A su turno, en la tercera fila de la columna denominada “función”, se hace referencia a las carreteras de red primaria como “*Grandes Autopistas, a cargo de la nación*”, sin embargo, es importante recordar que en la red primaria de carreteras no solo se encuentran vías con características de autopistas, sino que, a su turno, este concepto abarca trayectos con particularidades diferentes.

Con respecto al método de frecuencia, especialmente en lo referente a los siniestros con heridos, respetuosamente, se recomienda considerar el nivel de gravedad que presentan los heridos en cada hecho, en la medida en que al hacer el cálculo sobre un tramo de 1 kilómetro, puede haber situaciones en las que se presenten eventos con heridos leves (caídas de ocupante simples). Igualmente, y con base en lo anterior, el hecho de tomar como referente solo dos siniestros con heridos en una carretera de la red primaria, puede saturar los datos obtenidos, evitando intervenciones priorizadas dado el nivel de gravedad de las heridas que presenten los usuarios afectados con los siniestros, razón por la cual se sugiere elevar el número de siniestros con heridos a 3, tal como se realiza actualmente en el reporte trimestral a la Supertransporte.

Seguido a ello, en la sección 4.2 “*Métodos de siniestros equivalentes*”, se evidencia, según el texto propuesto, que la metodología utilizada corresponde a una que data del 2007 y 2010, las cuales probablemente no incluyan en su análisis el crecimiento del parque automotor a la fecha, así como el incentivo de métodos como la bicicleta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1811 de 2016, razón por la que consideramos que tener en cuenta la misma ponderación que se adoptó hace 14 años puede arrojar resultados que no estén acordes con la realidad actual.

Por último, frente al “*Método de índice de peligrosidad*”, establecido en la sección 4.3 del anexo, es importante incluir en la aplicación de la metodología un factor en el que se consideren los usuarios por sistema de transporte, ya que las variables del parque automotor, de motocicletas y bicicletas deben tratarse de forma diferenciada, con fundamento en el enfoque de intervenciones según siniestralidad por usuarios.

Así las cosas, consideramos valioso tener en cuenta las observaciones presentadas en párrafos precedentes con el fin de que se realicen los cambios y ajustes que en su criterio estimen necesarios.

Quedamos atentos a su amable respuesta.

Atentamente,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VPJ/MCPP

c.c.: Ferney Camacho – Director de Infraestructura encargado de las funciones del Despacho del Viceministerio de Infraestructura
fcamacho@mintransporte.gov.co

Bogotá D.C., 12 de agosto de 2024

CCCI
Nro. Radicado: 22024003361
Fecha: 2024-08-12 Hora: 11:18:00
Destinatario: SENADO DE LA REPÚBLICA
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Honorable Senador
PEDRO HERNANDO FLÓREZ PORRAS
Presidente
Comisión sexta del Senado

Honorable Senadora
ANA MARÍA CASTAÑEDA GÓMEZ
Vicepresidente
Comisión sexta del Senado

Honorable Senador
JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS
Secretario
Comisión sexta del Senado

Ref.: Eventuales impactos del P.L. 037 de 2023S, por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales.-

Respetados parlamentarios,

De la manera más atenta, por medio de la presente comunicación sometemos a su consideración las observaciones y preocupaciones del gremio de la infraestructura respecto del proyecto de ley 037 de 2023 de Senado, *“por medio del cual se crean lineamientos para la fijación de tarifas, incrementos anuales y distancias mínimas correspondientes a los peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y de las entidades territoriales”*; iniciativa que tiene por alcance, entre otras cosas, lo siguiente: (i) establecer lineamientos para la estructuración de las tarifas de peajes a través de una fórmula tarifaria unificada; (ii) modificar los artículos 21, 22, 30 y 33 de la Ley 105 de 1993; y (iii) establecer una prohibición frente a la instalación de peajes en vías terciarias por parte de entidades de orden nacional.

Desde el gremio hemos insistido que la normatividad que regula las concesiones y los peajes ha sido objeto de propuestas modificatorias a través varias iniciativas legislativas, entre ellas: (1) Proyecto de ley 030 de 2022C, *“Por medio del cual se modifica el artículo 21 de la Ley 105 de 1993”*; 2) Proyecto de ley 141 de 2022C, *“por la cual se establecen medidas a favor de las personas afectadas por el cierre de las vías terrestres en Colombia y se dictan otras disposiciones”*; (3) Proyecto de ley 142 de 2022S, *“por la cual se dictan normas para garantizar los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de los individuos mediante una movilidad segura, sostenible e incluyente para todos los actores viales, se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*; (4) Proyecto de ley 188 de 2022C, *“Por medio de la cual se exonera a todas las personas con discapacidad del pago del 100% de tasas y tarifas de peajes por todas las carreteras y autopistas de Colombia, modificando y adicionando artículos de la ley 105 de 1993 y se dictan otras disposiciones”*; y (5) Proyecto de ley 090 de 2023, *“Por medio del cual se regula la administración y operación en materia de peajes, se promueve la equidad vial y se dictan otras disposiciones”*.

En caso de que una o todas las iniciativas antes referidas sean sancionadas como leyes de la república, la afectación sobre el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura de transporte será estructural, habida cuenta que las tarifas de peaje constituyen una de las fuentes de ingreso y pago de la financiación más importante para hacer posible la construcción y conservación de la red vial y demás estructuras que la conforman.

De otra parte, resulta preocupante, en términos de seguridad jurídica y confianza inversionista, el trámite de iniciativas legislativas que tienen por finalidad modificar el marco jurídico bajo el cual se celebraron los contratos de concesión y las Asociaciones Público-Privada en el país.

A continuación, presentamos las consideraciones del gremio sobre la iniciativa legislativa referenciada en el asunto.

1. Bondades del recaudo de peaje en el desarrollo de la infraestructura de transporte

Respetados representantes, en aras de aportar al debate de la iniciativa legislativa, en este primer numeral abordaremos, de una parte, el contexto en el que se ha desarrollado la infraestructura en los últimos cincuenta años, y de otra, el papel decisivo que han tenido los peajes y la participación privada en la construcción y mantenimiento de las vías nacionales en nuestro país. Valga aclarar, que las siguientes consideraciones se elaboraron a partir de los documentos de política pública expedidos por el CONPES desde los años sesenta.

A finales del siglo pasado, una de las mayores preocupaciones del Gobierno nacional en torno a la infraestructura de transporte fue el evidente atraso del país en la construcción de sistemas viales que permitieran la conectividad de las regiones y promovieran la competitividad de Colombia en los mercados internacionales. Muestra de lo anterior, son las consideraciones y conclusiones plasmadas en los CONPES 255, 550, 2338, 2522, 2561, 2597, 2686, 2691, entre otros, los cuales dan fe de las deliberaciones del Consejo sobre tres situaciones particulares (i) la notoriedad del atraso de las carreteras; (ii) las dificultades de nuestra geografía para el desarrollo de las infraestructuras; y (iii) los cursos de acción del poder ejecutivo para cerrar la brecha en materia de vías.

En varios de los documentos antes mencionados, se abordaron las preocupaciones referidas previamente, por lo que transcribiremos las partes pertinentes de los CONPES que dan cuenta de esta realidad:

(i) En los CONPES 2522 y 2686, el Consejo de Política Económica plasmó sus inquietudes por la creciente presión fiscal que estaba ejerciendo el mantenimiento de las vías sobre el tesoro público del Gobierno nacional:

- En el CONPES 2522 se estableció la baja capacidad de inversión del Ministerio de Transporte para atender la creciente demanda de infraestructura vial:
“(...) Esto indujo un aumento en las demandas regionales hacia el nivel central. Hoy existen cerca de 1500 leyes de nacionalización de vías. Esta situación obligó a atomizar aún más los recursos y a mantener una excesiva planta de personal para el mantenimiento de las carreteras.

(...)

La capacidad de inversión del Ministerio de obras se ve afectada por el manejo de los recursos realizado por la Tesorería General de la Nación. El Fondo Vial Nacional y Caminos Vecinales sufren los efectos de las medidas macroeconómicas, lo cual ha perjudicado y retrasado la ejecución de los proyectos.

El rezago presupuestal, o sea la diferencia entre las apropiaciones y los pagos efectivos, ha hecho que los contratistas deban financiar las obras mientras reciben el pago de tesorería. Estos retrasos elevan el costo de los proyectos y dificultan el cumplimiento de las metas. (negrilla nuestra).

- En el CONPES 2686 se insistió en la necesidad de encontrar otras fuentes de financiación para la construcción de la infraestructura vial, y de esta manera atender la creciente demanda en materia de vías:

Actualmente la red vial a cargo de la Nación tiene una longitud de 26.500 Km, de los cuales cerca del 65% requiere de algún nivel de rehabilitación. El Gobierno Nacional ha venido realizando inversiones en rehabilitación y mantenimiento del orden de US \$100 millones por año. Sin embargo esto no ha sido suficiente, ya que el costo de las labores para la recuperación total de red asciende a irnos (sic) US \$850 millones, lo cual representa 1.5 veces el presupuesto del Instituto Nacional de Vías de la vigencia fiscal de 1993. De otra parte, los incrementos acelerados en los niveles de tráfico ocasionados por la apertura económica han generado nuevas necesidades de construcción y ampliación en las principales vías de comercio exterior y en las zonas de influencia de las áreas urbanas.

Se han presentado limitaciones técnicas y financiera para responder a estas demandas. Por un lado, la lentitud e ineficiencia del sector público en la ejecución directa de las obras, y por otros, la insuficiencia de disponibilidad presupuestal. Adicionalmente, sólo se ha llevado a cabo parcialmente una política de cargos a los usuarios con el fin de recuperar los costos. Para solucionar estos problemas, el Gobierno ha emprendido un programa de concesiones, con la participación del sector privado en la financiación y ejecución de las labores de construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías estratégicas” (negrilla nuestra).

- (ii) Por su parte los CONPES 56 de 1968, 255 de 1969 y 2522 de 1991 plantearon las dificultades que enfrentaron los Gobiernos para acometer las obras de infraestructura en el país. Respecto a lo anterior, los referidos documentos enfatizaron en las dificultades de la geografía colombiana:

- En el CONPES 56 de 1968 se expresaron los alcances de la regionalización, los efectos de la geografía sobre ese proceso y la incidencia de estos aspectos en la cantidad de vías disponibles:

“La regionalización tiene la gran ventaja de que permite establecer diferencias entre los distintos lugares, diferencias que, como se anotó atrás, no sólo están en el aspecto geográfico sino en las características del suelo, del régimen de aguas, del piso térmico y de la vegetación. Tales diferencias han determinado, regionalmente, un menor o mayor poblamiento, un menor o mayor desarrollo e intensidad en el aprovechamiento de los recursos naturales y, como consecuencia de todo eso, una menor o mayor abundancia de vías de comunicación” (negrilla nuestra).

“(…)

	<u>Habitantes por Km²</u>
Andina Oriental	52.8
Andina Occidental	55.0
Caribe	71.7
Valle del Magdalena	28.4
Pacífico	3.9

En las tres primeras regiones se reparte el 95.8 por ciento de la población, siendo prominente dentro de dicho porcentaje el peso que reciben las regiones Andinas, equivalente al 70.9 por ciento.” (negrilla nuestra).

- En el CONPES 255 se analizaron las alternativas de solución para un sector de las vías en el sur del país, con el objetivo de financiar su construcción a través de un crédito externo. Este instrumento resaltó, entre otros, las problemáticas ligadas a la condición del suelo:

“Existen algunas dudas técnicas y económicas respecto a la alternativa propuesta por el Ministerio. La región entre Popayán y Pasto es de origen volcánico reciente, y salvo los valles aluviales del río Patía se caracteriza por la inestabilidad de sus formaciones geológicas.

No obstante ninguno de los estudios conocidos por el Departamento, ni la solicitud de financiamiento contienen consideraciones ni mapas geológicos sobre la región. El país conoce ejemplos costosos y de difícil solución como la carretera Bucaramanga – Barrancabermeja debidos a deficiente (sic) geológico de la región” (negrilla nuestra).

- De otro lado, en el CONPES 2522 de 1991 se reiteró lo consignado en los anteriores documentos:

“A. Características Físicas y Operativas

… De acuerdo con el diseño y trazado, el 47% del sistema vial recorre terreno montañoso y escarpado, el 34% terreno plano y el 19% ondulado. Por la dificultad del terreno, las vías de la red troncal con altísimo tráfico tienen especificaciones correspondientes a vías de segundo orden. Una misma troncal está constituida por tramos con diferentes condiciones de diseño”.

- (iii) Sin embargo, el CONPES 2522 ilustró sobre la crisis que afrontaría el país en el caso de que no se adopten las estrategias o cursos de acción para superar el atraso en infraestructura¹, lo cual constituye una radiografía de lo que acontecía a principios de los años 90:

¹ CONPES 2597 DE 1992

“Ante la escasez de recursos públicos y teniendo en cuenta la necesidad de apoyar la política de apertura, el Gobierno ha iniciado la búsqueda de recursos complementarios para la ejecución de aquellas obras con alta demanda y mayores índices de congestión. El contrato de obra pública por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso. El país requiere de grandes inversiones en infraestructura vial para fortalecer el proceso de apertura que ha puesto en marcha el presente gobierno. Para apoyar las inversiones del Plan Vial de la Apertura el gobierno ha establecido la importancia

"Los departamentos y municipios han adelantado la construcción y mantenimiento de apenas cerca de la mita de las vías regionales. Como consecuencia, el fortalecimiento del centralismo tuvo una doble expresión. De una parte se debilitaron técnica, financiera y administrativamente los entes locales ejecutores de obras y las regiones desatendieron el desarrollo de las vías que les correspondía (...) Esto indujo un aumento en las demandas regionales hacia el nivel central. Hoy existen cerca de 1500 leyes de nacionalización de vías. Esta situación obligó a atomizar aún más los recursos y a mantener una excesiva planta de personal para el mantenimiento de las carreteras.

(...)

III. Situación actual

El Ministerio de Obras atiende cerca de 56 mil kilómetros. El Fondo Vial Nacional tiene a su cargo la red troncal y el 55% de la red secundaria (20 mil Km). Por su parte, Caminos Vecinales atiende el 52% de los caminos de penetración (30 mil KM) y el resto está a cargo de los departamentos y municipios.

A. Características Físicas y Operativas

La localización en la zona Andina de los principales centros de producción y consumo, unida a la compleja topografía del país, definieron un sistema de carreteras con características difíciles. De acuerdo con el diseño y trazado, el 47% del sistema vial recorre terreno montañoso y escarpado, el 34% terreno plano y el 19% ondulado. Por la dificultad del terreno, las vías de la red troncal con altísimo tráfico tienen especificaciones correspondientes a vías de segundo orden. Una misma troncal está constituida por tramos con diferentes condiciones de diseño.

(...)

B. Aspectos institucionales y administrativos

(...) En 1990 se pagó a las microempresas cerca de \$210.000 por kilómetro mantenido, equivalentes a una cuarta parte del costo de su ejecución directa por los Distritos. Las microempresas habrían inducido un ahorro sustancial de costos si lo Distritos hubieran descontado estas actividades de su presupuesto, pero no lo han hecho.

(...) Internamente dentro del Ministerio de Obras, existe una gran dispersión de las responsabilidades y una duplicidad frecuente de esfuerzos. No existe coordinación entre las diferentes dependencias, lo cual obstaculiza su gestión. Los sistemas contables son deficientes y los controles de los proyectos escasos.

(...) La capacidad de inversión del Ministerio de obras se ve afectada por el manejo de los recursos realizado por la Tesorería General de la Nación. El Fondo Vial Nacional y Caminos Vecinales sufren los efectos de las medidas macroeconómicas, lo cual ha perjudicado y retrasado la ejecución de los proyectos.

de concentrar la acción del gobierno central en vías de carácter nacional y descentralizar la ejecución de las vías regionales." (negrilla fuera de texto)

El rezago presupuestal, o sea la diferencia entre las apropiaciones y los pagos efectivos, ha hecho que los contratistas deban financiar las obras mientras reciben el pago de tesorería. Estos retrasos elevan el costo de los proyectos y dificultan el cumplimiento de las metas.

C. Fuentes y Usos (sic) de los Recursos (sic) del MOPT

*El Ministerio de Obras Públicas y Transporte paga la inversión en carreteras, el servicio de la deuda y parte importante de su funcionamiento con recursos del impuesto a los combustibles, **recaudo de peaje**, crédito externo y, en menor escala, con otros aportes provenientes de convenios y cofinanciación.*

(...) Las limitaciones han conducido a una gran ineficiencia en la ejecución de los proyectos. El Fondo Vial Nacional se encuentra adelantando 122 proyectos a través de 193 contratos de obra y 120 de interventoría, cuyo costo estimado para ser terminados es de aproximadamente US \$700 millones. Aun sin iniciar nuevos proyectos, como el país lo requiere, una buena fracción de estos no se concluirían en el presente siglo" (negrilla nuestra)

Ahora bien, a partir de los referidos documentos CONPES, instrumentos oficiales de política pública, se obtienen algunos números apreciables que evidencian la importancia de los peajes y de la participación privada en la construcción de la infraestructura, una tarea que demanda grandes flujos de capital:

- (i) En el año de 1914, según el CONPES 2522, el inventario de carreteras disponibles ascendía a 600 km, pero no se observan distinciones respecto del tipo de vía y la calidad de estas (pavimentadas o vías en afirmado):

"Al comienzo del presente siglo, los caminos de herradura, los ferrocarriles y la navegación fluvial eran aún los principales medios de transporte. En 1905, siendo presidente el General Rafael Reyes, se creó el Ministerio de Obras Públicas, el cual expidió las normas para la construcción de las primeras carreteras nacionales. En 1914 se contaba ya con cerca de 600 Km de vías aisladas, siendo la más importante, la aún inconclusa, carretera Central del Norte" (negrilla nuestra).

- (ii) Hacia el año de 1930, la cantidad de kilómetros de vías disponibles era 5.700 KM, sin que se pueda identificar la calidad de estas y el tipo de vías (primarias, secundarias o terciarias):

"La introducción del automóvil, impulsó la construcción de carreteras que, inicialmente, sólo buscaron la comunicación de algunos municipios con sus centros regionales. Aunque en 1930 había 5700 km de carreteras, estas vías no constituyan una red integral. La comunicación con el resto del mundo se hacia (sic) principalmente por el Río Magdalena." (negrilla nuestra)

- (iii) En el año 1991, el CONPES 2522 documentó que el total de carreteras existentes alcanzó una longitud aproximada de 100.000 km, distribuida de la siguiente manera:

“La totalidad de las carreteras existentes alcanza una longitud aproximada de 100 mil kilómetros. De acuerdo con las características de diseño y los volúmenes de tráfico actuales, las vías se clasifican en troncales, secundarias y de penetración o veredales. La conformación de la red y sus respectivos costos promedio se presentan en el cuadro 1” (negrilla fuera de texto).

	Long. Km.	Construcción \$millones/Km	Mejoramiento \$millones/Km	Mejoramiento \$millones/Km
Troncal	6.000	350	150	5
Secundaria	38.000	120	90	3
Penetración	58.000	30	10	1

Tabla elaborada en el CONPES 2522

- (iv) Posteriormente, en el CONPES 2691 de 1994, se reiteró que la longitud aproximada de las vías era de 107.377 km, distribuidas entre vías nacionales, departamentales, municipales.
- (v) En el Plan Maestro de Transporte Intermodal publicado en el año 2015 se dejó establecido que la red de carreteras del país estaba constituida por 204.855 Km de vías, de los cuales solo el 7% se encontraba pavimentada:

“Por otro lado, según el anuario Estadístico Sector Transporte (2014), Colombia suma 204.855 km de carreteras (porcentaje pavimentado inferior al 7%, según IDB 2014), de las que 17.434 km son vías primarias (11.194 a cargo de INVIA, 10.211 concesionados a cargo de ANI); y 187.421 km de vías secundarias y terciarias; de estos, 59.096 km están a cargo de los departamentos, 100.748 km a cargo de los municipios y 27.577 km a cargo del INVIA” (negrilla nuestra).

Para finalizar este acápite, es importante recordar los cursos de acción recomendados por el CONPES para superar el atraso:

- En el CONPES 2522 de 1991 se recomendaron las siguientes:

“El DNP recomienda al CONPES:

3. Solicitar al Ministerio de Obras y Públicas y Transporte la preparación de un proyecto Ley (sic) en donde se defina la nueva estructura institucional del sector vial. Con ella se buscará la entrega de la responsabilidad de las carreteras regionales a los departamentos y la modificación de las entidades involucradas (...)

4. En esta Ley (sic) se incluirán las fuentes de ingresos requeridos para la financiación de vías.

5. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte revisará los aspectos legales de los estatutos de contratación y presupuesto, y las normas de procedimiento interno de las entidades, con el fin de agilizar la ejecución de los proyectos viales, garantizado la colocación de recursos y el pago oportuno de las obras. Debe proveerse mecanismos para la contratación ágil de obras de emergencia y de conservación”

- En los documentos CONPES 2597 y 2686 se establecieron recomendaciones para atender la deficiencia en materia de carreteras y obras de infraestructura de transporte:

CONPES 2597	CONPES 2686
<p><i>"1. Encargar al Ministerio de Obras Públicas y transporte:</i></p> <p><i>a. La preparación de la documentación legal, técnica y financiera para los proyectos.</i></p> <p><i>b. La promoción activa de los proyectos entre los inversionistas privados, para lo cual deberá conformar un grupo en el Ministerio y/o contratar entidades especializadas.</i></p> <p><i>c. La preparación de los pliegos de licitación de algunos proyectos piloto durante este gobierno.</i></p> <p><i>(...) Para acelerar el comienzo de este nuevo esquema, el Ministerio de Obras tendrán en cuenta las siguientes prioridades:</i></p> <p><i>a. Comenzar aquellos proyectos que, por su tamaño y características, no requieran recursos públicos.</i></p> <p><i>b. Avanzar rápidamente en la calzada Buga-Tulúa- La paila que, por tener la posibilidad de recursos departamentales, solo requerirá un aporte presupuestal de 1.000 millones de pesos, que se apropiarán..."</i></p>	<p><i>"1. Encargar al Ministerio de Transporte:</i></p> <p><i>a. La preparación de la documentación legal, técnica y financiera de los proyectos según los lineamientos presentados en este documento.</i></p> <p><i>b. La promoción activa de los proyectos entre los inversionistas privados.</i></p> <p><i>c. La promoción de proyectos nuevos a través de sociedades mixtas regionales.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>6. Encargar al Ministerio de Transporte la evaluación continua de proyectos de concesión adicionales, de acuerdo con los crecimientos en el tráfico y en las obligaciones contractuales y créditos vigentes.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Encargar al Ministerio de Transporte para que, en conjunto con el Departamento Nacional de Planeación presente a consideración de CONPES, a más tardar al finalizar el primer semestre de 1954 una política de cargos a los usuarios de carreteras".</i></p>

En atención a las sugerencias formuladas por el CONPES, el Gobierno nacional ha venido implementando acciones en pro de superar el rezago histórico de la infraestructura vial del país; labor que implica aún la destinación de considerable de recursos.

Sobre el particular, es importante resaltar que gracias a los peajes y a las concesiones se han logrado intervenir 10.000 km de carreteras en los últimos 29 años, además de los 1.111 puentes y viaductos y 80 túneles de las mejores especificaciones ingenieriles. Tan solo los proyectos de cuarta generación de concesiones viales generarán una disminución promedio de aproximadamente 30% en los tiempos de desplazamiento, un ahorro de más de 929 minutos para los transportadores de carga y, además, por cada billón de pesos invertido en infraestructura, se generan cerca de 28.000 puestos de trabajo en el país.

Todo lo anterior redunda en incentivos para el incremento del comercio nacional e internacional, es un estímulo importante para el turismo interno y dinamiza los demás sectores de la economía, ya que cada \$1 peso adicional en la demanda de obras civiles genera un incremento de \$2,72 pesos en todos los demás sectores de la economía².

2. Efectos de las medidas en la ejecución de contratos estatales que tienen por objeto la construcción, mantenimiento y operación de las vías

Apreciados ponentes, revisados los textos de los borradores de artículo 1 y 2 de la iniciativa legislativa, se identifican los siguientes alcances:

² Informe Mensual de Fedesarrollo 179 Tendencia Económica. Fedesarrollo (2017). Recuperado del sitio web: <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3468/TE%20179%20Octubre%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- i) La creación de lineamiento para fijar tarifas, establecer incrementos anuales y determinar la distancia mínima entre casetas de peaje.
- ii) Del proyecto de artículo 2 se pretenden, entre otros, los siguientes objetos: (1) Establecer en cabeza del Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación la expedición de una reglamentación **marco** a través de la cual se estructure una **fórmula tarifaria unificada** para los peajes y la variación anual correspondiente; mandato que deberá desarrollarse en función de las externalidades generadas por el tránsito vehicular, el estado de la infraestructura y el uso efectivo de la misma, la recuperación de los costos de operación y mantenimiento, los criterios socioeconómicos y la capacidad de pago de los habitantes del área de influencia de la estación, y (2) Fijar distancias mínimas para instalar peajes y cobrar la tarifa.

En lo que respecta al objeto de los artículos mencionados, no debe perderse de vista que la viabilidad financiera de los contratos de concesión gira alrededor del cobro y recaudo de tarifas de peaje a los usuarios de la vía, columna vertebral de financiación del sistema y cuya modificación genera, indudablemente, impactos significativos en su desarrollo e inversión.

Es así como los contratos de concesión cuentan con una estructura tarifaria integral, en virtud de la cual se viabiliza la ejecución del proyecto, en términos financieros, en la medida en que constituye la fuente principal de recursos para el pago de las intervenciones encaminadas a construir y mantener la infraestructura. Bajo ese entendido, de no contar con la financiación de los proyectos a través de los peajes, el peso de la inversión en la infraestructura recaería en el presupuesto de la Nación, a través de impuestos a los contribuyentes que, en gran medida, no usan ni se benefician de manera directa de la red vial nacional, lo que implica no solo apartarse del principio internacional según el cual *“quien usa, paga”*³ ⁴, propio de esta clase de modelos, sino que también supone la implementación de una inequitativa y regresiva política pública que además conllevaría a la reducción de la capacidad de gasto de los impuestos en sectores prioritarios que no tienen otra fuente de financiación, como son el sector salud, educación, seguridad y justicia.

Ahora bien, es importante recordar que el esquema tarifario y la instalación de las casetas de peaje son el resultado de un análisis integral de varios elementos, dentro de los cuales se encuentra el beneficio que genera la infraestructura a los usuarios y el costo de la operación y mantenimiento del corredor⁵, entre otros, cuya sinergia permite darle cuerpo al valor de las tarifas y a la cantidad de casetas requeridas. Vale la pena resaltar, que el desarrollo de los proyectos de infraestructura vial suponen, por su esencia, la ejecución de actividades e intervenciones determinadas acordes a las necesidades y particularidades de cada caso, escenario que permite entender que su alcance y condiciones no son homogéneas y por ende, cada proyecto a implementar cuenta con un esquema tarifario específico y particular, a partir del cual se soporta, puntualmente, la ejecución de las intervenciones y actividades que correspondan.

Es por ello, apreciados ponentes, que establecer una reglamentación marco, mediante un sistema de unificación de fórmulas tarifarias y reglas precisas para los incrementos de estas, e implementar

³ Analysis of the Japanese Toll Expressway System in the Framework of the Current Trend of the Toll Road Business in the World. José Manuel Vassallo (1999)

⁴ Surface Transportation News: Losing the User-Pays Principle, Biden's Broadband Plan and More. Robert Poole. (2021) Recuperado de: <https://reason.org/transportation-news/user-fees-for-infrastructure-the-coming-amtrak-freight-rail-conflict-toll-road-cash-cows-and-more/>

⁵ Ley 105 de 1993, artículo 21.

una distancia mínima entre casetas de peaje, es incompatible con las características técnicas y financieras del modelo, especialmente si se tiene en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, debido a las características de la geografía nacional, las intervenciones que debe hacer cada proyecto, en cada uno de los tramos concesionados, son completamente heterogéneas. No es lo mismo la construcción de un túnel, que la construcción de una doble calzada, el mejoramiento de una existente, o la construcción de viaductos. No es lo mismo construir en zona montañosa que en zona húmeda o en zona árida. Por lo tanto, el costo de los peajes corresponde directamente con las intervenciones realizadas por los concesionarios en la zona.
- Adicionalmente, derivado también de la heterogeneidad de los proyectos que se llevan a cabo en el país, es posible que algunos de ellos abarquen menor cantidad de kilómetros, pero mayor cantidad de obras a ejecutar u obras de mayor complejidad técnica y de mayor costo económico. De allí que establecer una distancia mínima de las casetas de peaje en el territorio nacional, puede tener como consecuencia que no sea posible financiar y por ende ejecutar proyectos necesarios para el país cuyo costo excede el recaudo de una sola caseta de peaje.
- Por otra parte, sin necesidad de reestructurar la normativa aplicable, se tiene que la determinación de la tarifa de peaje correspondiente a cada proyecto no es una cifra tomada al azar. De hecho, tal como lo establece actualmente el ordenamiento jurídico colombiano⁶, para definir la instalación de una estación de peaje así como para fijar su tarifa, siempre debe tenerse en cuenta, de una parte, los beneficios que la infraestructura le otorga a los usuarios (de tal manera que los ahorros que estos obtengan compensen o excedan el valor del peaje) y, de otra, el mayor o menor costo que el tránsito de un determinado vehículo implique en el mantenimiento y operación de la carretera, basando esta determinación en la aplicación del criterio constitucional de equidad fiscal.
- Además, tal como lo prescribe el ordenamiento jurídico vigente⁷, cuando se opta por un contrato de asociación público-privada en lugar de un contrato de obra pública tradicional, la decisión viene precedida de un análisis minucioso llevado a cabo por las entidades públicas técnicamente competentes, mediante la aplicación de una metodología especializada conocida como comparador público-privado o cálculo del valor por dinero (VpD). Esta herramienta permite determinar si existe mayor valor para la sociedad al contratar el proyecto mediante una concesión o APP, en comparación con una obra pública, teniendo en cuenta factores como el pago al contratista, los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura, la asignación de riesgos entre las partes, entre otros. Este ejercicio concluye con la comparación en valor presente de ambos métodos de provisión de infraestructura, buscando definir cuál de las dos modalidades de contratación resulta más económica para el Estado y la sociedad.

De lo anterior se desprende que cuando las entidades competentes optan por la celebración de contratos APP cuya fuente de financiación principal son los peajes, en lugar de un contrato de obra pública tradicional, es porque los beneficios tanto económicos como sociales son superiores para el país. Por esta razón, si bien las casetas de peaje y sus tarifas

⁶ Ley 105 de 1993, artículo 21.

⁷ Ley 1508 de 2012, artículo 11.

pueden ser *prima facie* llamativa para los usuarios, una visión en perspectiva del beneficio adquirido, permite concluir que este es superior a lo que se hubiera logrado con un contrato de obra pública con cargo al presupuesto de la Nación.

Sobre este particular, señalamos la conveniencia de analizar los CONPES de política pública que dan cuenta de la incapacidad del presupuesto público y de la institucionalidad para realizar las inversiones necesarias que permitan el desarrollo de la infraestructura, tal y como hemos referenciado en los apartes recortados y transcritos en la presente comunicación.

- Por último, es preciso resaltar que los contratos de concesión que ya se encuentran en ejecución (que son más de 30 proyectos), cuentan con unas condiciones pactadas entre las partes las cuales deben ser honradas tanto por el contratante público como por el contratista privado, y un cambio en la legislación que afecte el contrato respecto a la ubicación de las cassetas de peaje o de la tarifa de los mismos, es un riesgo generalmente en cabeza de la entidad contratante. Es por esta razón que el proyecto de ley en comento puede traer consecuencias económicas para las entidades públicas contratantes, lo cual también podría desatar una alta litigiosidad que afectaría la ejecución de los proyectos, lo que se traduce en mayores costos económicos y sociales para el país.

De otra parte, en lo atinente al cambio propuesto en el artículo 3 del proyecto de ley, especialmente aquel establecido en el literal d), mediante el cual se condiciona la fijación de las tarifas de peaje al nivel avance de las obras, el estado de la infraestructura, entre otros aspectos, consideramos importante recordar que los contratos de concesión contienen en su estructura un mecanismo de retribución de las inversiones realizadas por el privado, el cual se confecciona, en efecto, en dichos elementos para poder reconocer las obras realizadas siempre que cumplan con unos indicadores que permitan garantizar el uso del corredor en condiciones de seguridad.

2.1 Incrementos anuales e implementación de tarifas diferenciales

Adicional a lo anterior, vemos con preocupación la redacción propuesta para el literal f) del mencionado artículo 3 del proyecto, relacionada con el incremento anual de la tarifa de peaje el cual no podrá ser, según el borrador, superior a la variación del IPC del año anterior. Al respecto, se recuerda la importancia que ostentan los esquemas tarifarios en el avance y desarrollo de los proyectos concesionados y la necesidad de contar con un recaudo de peaje que permita retribuir la inversión correspondiente a las obras y el costo de la operación y mantenimiento del corredor.

Es por ello que atar los incrementos anuales únicamente al IPC y, además, a una cifra inferior al resultado que año a año arroje este indicador, no solo genera incertidumbre en el eje central de la financiación de los contratos, debido al desconocimiento de la cifra final del IPC anual, sino que, a su turno, impacta la estabilidad del modelo financiero de cada proyecto en la medida en que el incremento tarifario y en esencia el esquema de tarifas de los contratos de concesión están compuestos por varios factores dentro de los cuales se encuentra el tráfico, el valor de la inversión y del mantenimiento y el beneficio que genera el uso de la infraestructura, entre otras cosas. Es indispensable recordar que la estructura tarifaria de las concesiones no corresponde a una decisión arbitraria o injustificada del estructurador del proyecto, sino que, por el contrario, se trata de una figura que soporta la viabilidad financiera del modelo y garantiza el desarrollo económico y vial del país.

Con fundamento en lo anterior, supeditar la fijación de las tarifas a un factor de naturaleza fluctuante puede generar graves impactos en la ejecución de los contratos de concesión, en especial, en la financiación y pago de las inversiones requeridas en cada uno de ellos.

En la misma línea y frente al contenido del literal g) del artículo 3, es importante poner en conocimiento de los respetables ponentes que tanto el ordenamiento jurídico vigente como las reglas contractuales pactadas en los contratos de concesión, prevén la asignación de tarifas diferenciales para los pobladores de las áreas de influencia de los corredores viales. En estos casos, y atendiendo a unos requerimientos específicos, los usuarios que acrediten tales requisitos serían beneficiarios de una menor tarifa, lo cual tiene como fin mitigar los impactos socioeconómicos.

2.2 Impactos en la sostenibilidad financiera de los proyectos que tengan por objeto la construcción de infraestructura vial

Respetados representantes, en el caso dado de que se afecte el sistema de peajes, ya sea mediante la determinación de distancias mínimas, fijando restricciones para su instalación o incluyendo términos de ejecución que difieren de la realidad de estos contratos, indudablemente se impactaría la sostenibilidad financiera de cualquier tipo de proyecto de infraestructura del modo carretero, habida cuenta que se estaría comprometiendo una de las fuentes de pago más importantes para remunerar las intervenciones ejecutadas en las vías.

Si la infraestructura no se puede financiar con los peajes o con un porcentaje relevante de estos recursos, entonces el peso de la inversión en la infraestructura recaerá en el presupuesto de la nación a través de impuestos a los contribuyentes que, en gran medida, no usan ni se benefician de manera directa de la red vial nacional, lo que implica una inequitativa y regresiva política pública que conllevaría a la reducción de la capacidad de gasto de los impuestos en sectores prioritarios como son el sector salud, educación, seguridad y justicia, los cuales no cuentan con otros recursos para su concreción.

En atención a los impactos señalados en líneas precedentes, consideramos importante que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronuncie sobre el impacto fiscal que la iniciativa legislativa, en caso de aprobarse, tendrá sobre el Presupuesto General de la Nación, en lo que respecta a los pagos de las compensaciones por las inversiones efectuada por los contratistas durante la ejecución del proyecto. La anterior solicitud se sustenta en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003⁸.

Este tipo de beneficios, al igual que los proyectos de ley que actualmente cursan en el Congreso y mediante los cuales se pretende modificar el esquema de los peajes, repercuten inexorablemente en la estructura tarifaria de los contratos de concesión actualmente en ejecución, lo que podría afectar la liquidez y el flujo de caja de los proyectos y, con ello, afectar el cumplimiento de las obligaciones de financiación adquiridas por las concesiones.

⁸ ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.



Así las cosas, respetuosamente solicitamos analizar la inconveniencia de seguir adelante con el trámite de la iniciativa legislativa objeto de comentarios.

Esperamos que estas observaciones sean tenidas en consideración a lo largo del debate parlamentario, y ofrecemos nuestra colaboración para realizar los análisis que estimen necesarios para ahondar en las razones presentadas.

Con todo comedimiento,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juan Martín Caicedo Ferrer".

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER

Presidente Ejecutivo

VJ/EO

c.c. Dr. Ricardo Bonilla – Ministro de Hacienda y Crédito Público
Dra. María Constanza García – Ministra de Transporte
Dr. Francisco Ospina – Presidente de la ANI



Bogotá D.C., 12 de agosto de 2024

CCCI Nro.Radicado: 22024003363

Fecha: 2024-08-12 Hora: 12:39:00

Destinatario: CAMARA DE REPRESENTANTES CONGRESO DE LA REPUBLICA DE

Remitente: Vicepresidencia Jurídica

Folios: 1

Usuario Radicador: Luz Castillo

Tipo Anexos:

Doctor

GERARDO YEPES CARO

Presidente Comisión Séptima Constitucional

CÁMARA DE REPRESENTANTES

Ciudad

Doctor

JUAN CAMILO LONDOÑO BARRERA

Coordinador de Ponentes

Ciudad

Doctor

RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO

Secretario

Ciudad

Ref.: Consideraciones proyecto de ley 123 de 2023 Cámara que crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial -.

Estimados Representantes,

De la manera más atenta, queremos insistir en algunas consideraciones del gremio de la infraestructura en relación con el proyecto de ley No. 123 de 2023 Cámara “*Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones*”; el cual cursa su trámite para ser discutido en primer debate.

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

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

Esta contextualización resulta fundamental para adelantar el análisis del proyecto de ley 123 de 2023 Cámara, toda vez que al mantenerse los efectos adversos que se derivan del certificado de responsabilidad, continúan vigentes los argumentos expresados por el Ministerio de

Transporte y la Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente, en los pronunciamientos oficiales que cada una de estas entidades emitió para conceptuar sobre la inconveniencia del proyecto de ley 224 de 2019C/329 de 2020S, así como los argumentos expresados por el Consejo Gremial Nacional referentes a la inconveniencia del proyecto de ley 613 de 2021C, que constan en comunicación radicada el pasado 10 de junio de 2021.

Así las cosas, evidenciamos que el proyecto de ley 123 de 2023C, comparte el mismo objeto que los proyectos de ley 224 de 2019C/329 de 2020S y 613 de 2021C, por lo que en los siguientes apartados referiremos los principales argumentos que evidencian los efectos nocivos para la contratación pública que se generan con la creación del certificado étnico empresarial, en razón a:

- i) El impacto en la sostenibilidad económica de las pequeñas y medianas empresas, no solo del sector infraestructura, sino de todo el aparato productivo del país;
- ii) La correlativa afectación que se deriva de la exigencia de vinculación laboral de un porcentaje de grupos étnicos; y
- iii) La grave distorsión al sistema de compras públicas por el otorgamiento de puntajes adicionales en los procesos de selección de contratistas en los que participe una empresa o estructura plural que posea dicho certificado.

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

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

El proyecto de ley 123 de 2023C prevé que las empresas, uniones temporales y/o consorcios obtengan un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas que adelante el Estado, cuando tengan vigente el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, el cual se expediría siempre y cuando las empresas vinculen dentro de su personal población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, en los niveles de dirección, supervisión y operación, en un porcentaje igual o superior al 10% de su planta laboral.

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

- a. Implicaría costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para obtener el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, y acceder así a la puntuación adicional. Es importante resaltar que, en virtud de los costos fijos de nómina de las pequeñas y medianas empresas seguramente las compañías tendrán que terminar contratos de trabajo vigentes con directivos, supervisores y personal operativo, para

poder vincular a las personas identificadas en el proyecto de ley, de tal manera que puedan obtener el puntaje requerido y acceder, efectivamente, a la contratación estatal.

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

Esta posición concuerda con lo manifestado por el Ministerio de Transporte del 6 de abril de 2021, (que se anexa a la presente comunicación), en el cual se considera que la implementación del certificado de responsabilidad étnica empresarial:

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

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

II. Grave distorsión del sistema de compras públicas

Otra de las razones de inconveniencia del proyecto de ley 123 de 2023 Cámara la constituye, puntualmente, la condición de otorgar un puntaje adicional en los procesos de selección a las empresas que cuenten con el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. Esta medida, lejos de fomentar la transparencia y la eficiencia en la contratación pública, afecta el principio de selección objetiva y distorsiona la competencia en los procesos de selección del Estado, al no garantizar que la propuesta que obtenga la puntuación adicional por aportar el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, sea la mejor oferta y la más favorable para cumplir con el objeto del contrato.

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

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

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

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

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

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

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

En la misma línea, manifiesta el Consejo Gremial:

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

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

Como se observa, vemos con preocupación que la medida propuesta desconoce principios de carácter superior, generando un desequilibrio en el acceso a la contratación pública para aquellas personas naturales y empresas que no tienen la posibilidad de vincular un número de

personas pertenecientes a los grupos étnicos referidos en el proyecto de ley, aun cuando desde el punto de vista técnico y económico sus propuestas puedan ser más favorables a los intereses que el Estado busca satisfacer.

En la misma medida, se evidencia que los incentivos no corresponden a los objetivos de la contratación pública y, por el contrario, es preciso advertir que la aplicación de este tipo de incentivos ha servido de sustento para adelantar malas prácticas en procesos de contratación de algunas entidades públicas, toda vez que tienen la potencialidad de concentrar la contratación en pocos oferentes y direccionar los procesos de selección de contratistas para favorecer a proponentes que no resultan ser idóneos para el cumplimiento de los fines del Estado que persigue la contratación pública.

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

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

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

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

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

muchos casos del objeto del contrato y la incidencia del criterio social en la calidad de su prestación o cumplimiento. (Resaltado fuera del texto).

Así pues, si bien somos partidarios de la adopción de medidas que propendan por la solución de problemáticas sociales complejas, como la exclusión o discriminación laboral por razones asociadas a la etnia, consideramos que las medidas propuestas por la iniciativa en comento no ofrecen una verdadera respuesta a dicha problemática, sino que, como vimos, generan graves distorsiones en la contratación estatal. Por tal razón, consideramos necesario acompañar este proyecto con un estudio de fondo que permita proponer acciones alternas a las que contempla, y que, fundamentalmente, estas sean aplicadas en escenarios diferentes a los procesos de selección de contratistas y mitigar posibles impactos en lo que tiene que ver con la transparencia en la contratación pública.

De esta manera, se promoverá la inclusión efectiva e igualitaria de la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera en el aparato productivo del país, sin generar desequilibrios y distorsiones en un sector fundamental para la economía nacional, como lo es el mercado de las compras públicas.

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

Con todo comedimiento,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ

Copia: Dra. María Constanza García Alicastro – Ministra de Transporte.

Anexos:

1. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 10 de septiembre de 2020.
2. Concepto del Ministerio de Transporte, de fecha 6 de abril de 2021.
3. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 20 de mayo de 2021.
4. Documento de comentarios del Consejo Gremial Nacional, de fecha 10 de junio de 2021.
5. Documento de comentarios Sociedad Colombiana de Ingenieros del 19 de abril de 2021 y documento comentarios Consejo Gremial Nacional del 19 de abril de 2021.
6. Documento comentarios Cámara Colombiana de la Infraestructura del 29 de noviembre de 2021

Bogotá D.C., 10 de septiembre de 2020

Doctora
MARCELA GÓMEZ MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Nacional de Planeación - DNP
La ciudad

ASUNTO: 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 251539 de agosto de 2020.

Respetada doctora Marcela, cordial saludo:

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.

1. EL PROYECTO DE NO ESTÁ SUJETO A RESERVA DE LEY ESTATUTARIA

De conformidad con la jurisprudencia pacífica desarrollada por la Corte Constitucional, la reserva de ley estatutaria cobija 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 ordinaria¹.

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.

¹ Sentencias C-013/93; C-910/04; C-162/03; C-319/06; C-370/06; C-756/08; C-818/11.

2. INCONSTITUCIONALIDAD E INCOVENIENCIA DEL PRYECTO DE LEY

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.

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:

2.1. Violación del principio de igualdad y libre concurrencia

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 a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa².

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

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, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. 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.

² Sentencia C-949/01.

Por su parte, el principio de **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**.

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 inadmisible 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.

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 mercado³, consiguiendo así las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que es el objeto de la contratación estatal.

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.

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.

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

³ *“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. Op. Cit., p. 739.



propuestas, que puedan afectar las calidades bajo las cuales se adelantan los procesos de selección.

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.

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.

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.

2.2. Inconveniencia del proyecto de Ley

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.

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

puntajes para las propuestas que tengan el certificado de Responsabilidad Étnica 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 Étnica 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 Étnica 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 Étnica 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)

Elaboró: Juan David Marín – Asesor Jurídico Dirección General

Revisó: Juan David Marín – Asesor Jurídico Dirección General

<p>4. No es una disposición que reglamente preceptos establecido en el Convenio 169 de la OIT o sus normas reglamentarias</p> <p>5. En consecuencia, PL 329-20S PL 224-19C "Por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial y se dictan otras disposiciones." No es una norma que genere una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de los colectivos étnicos.</p> <p>En los anteriores términos estamos dando respuesta a su solicitud, no sin antes manifestarle nuestra disposición para atender cualquier inquietud adicional.</p> <p>Cordialmente,</p> <p> YOLANDA PINTO AMAYA Subdirectora Técnica Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa</p> <p>Elaboró: Carlos Márquez – Abogado Subdirección Técnica Revisó: Aura Malagón – Abogada Despacho DANCP Aprobó: Yolanda Pinto – Subdirectora Técnica de Consulta Previa</p> <p>TRD 2500.510.12</p> <p>[CÓDIGO-QR] Documento emitido por el Ministerio del Interior. URL de verificación: [URL-DOCUMENTO]</p>	<p>Comisión Séptima Constitucional Permanente</p> <p>LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los seis (06) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) - En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes consideraciones.</p> <p>CONCEPTOS: MINISTERIO DEL INTERIOR. REFRENDOADO POR: DOCTORA YOLANDA PINTO AMAYA -SUDIRECTORA TÉCNICA DE CONSULTA PREVIA. NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N° 329/2020 SENADO y 224/2019 CÁMARA. TÍTULO DEL PROYECTO: "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ETNICA EMPRESARIAL" NÚMERO DE FOLIOS: NUEVE (09) FOLIOS RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: MARTES SEIS (06) DE ABRIL DE 2021. HORA: 21.24 P.M.</p> <p>Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.</p> <p>El Secretario,</p> <p> JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA SECRETARIO Comisión Séptima del H. Senado de la República</p>
<p>CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE TRANSPORTE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 329 DE 2020 SENADO Y 224 DE 2019 CÁMARA.</p> <p><i>por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial.</i></p> <p>06-04-2021 Bogotá D.C., 06-04-2021</p> <p>Doctor JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA Secretario General Comisión Séptima del Senado CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ciudad</p> <p>Referencia: Comentarios al Proyecto de Ley Número 329/2020 Senado y 224/2019 Cámara "Por medio de la cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial".</p> <p>Respetado Doctor España,</p> <p>Con ocasión del proyecto de la referencia, desde el Ministerio de Transporte nos permitimos presentar los siguientes comentarios para su consideración.</p> <p>En primer lugar, es importante precisar que, desde este Ministerio, compartimos la importancia de establecer condiciones y acciones que favorezcan la inclusión de minorías, siendo las acciones afirmativas un recurso válido e idóneo como herramienta de política pública para propender por el derecho a la igualdad que constitucionalmente le asiste a todo colombiano.</p> <p>Sin embargo, de acuerdo con lo preceptuado por la Corte Constitucional, las acciones afirmativas como las que se pretenden a través del proyecto, deben atender a determinados criterios que propendan por el equipamiento de los individuos, sin que las mismas medidas adoptadas - con el tiempo - se tornen en nuevas medidas discriminatorias por sustracción de materia. En ese sentido, dicha Alta Corte, ha señalado que para que una acción afirmativa se establezca conforme a la Carta Política requiere que: 1) la validez de estas medidas dependa de la real operación de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición particular de la minoría para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas; 2) en cada caso, habrá de analizarse si la medida es razonable y proporcionada; 3) las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser.¹</p> <p>No obstante lo anterior, no observa esta cartera cómo la medida dispuesta en el proyecto encarna el propósito de las acciones afirmativas (no se identifica la relación clara de la discriminación de esta clase de comunidades en la contratación estatal, no se indica el juicio de razonabilidad y proporcionalidad demandado por la Corte Constitucional, así como tampoco hay criterios</p> <p>¹ Corte Constitucional, Sentencia C-964 de 2003.</p>	<p>que delimiten su temporalidad) y por el contrario, resulta debatible su efectividad junto con los potenciales impactos que de ella puedan derivarse en la contratación pública.</p> <p>La adopción de la medida propuesta en el Proyecto podría generar una distorsión en el mercado de las compras públicas al incorporar un elemento ajeno a los principios de la selección objetiva contenidos en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, promoviendo la selección de proponentes que no necesariamente cumplen con las finalidades que persigue la contratación pública.</p> <p>Por lo anterior, si bien se insiste en la necesidad de contar con medidas que cierran la brecha histórica de desigualdades que por diferentes motivos ha afrontado el país desde hace cientos de años, resulta fundamental que las medidas cuenten con un análisis y estructura que conlleven a alcanzar el objetivo propuesto, y no, una medida que por el contrario pueda generar distorsiones y nuevas problemáticas en otros ámbitos.</p> <p>Sumado a lo anterior, es importante señalar que, en relación con el principio de libre concurrencia en materia de contratación estatal, las altas cortes, en particular la Corte Constitucional², ha señalado que se busca que todos los interesados tengan una oportunidad real de ofrecer lo que demanda la administración y sumado a ello se debe buscar la no discriminación para el acceso a los procesos de selección. Adicionalmente, la misma jurisprudencia ha señalado que si bien el legislador puede admitir excepciones a dicho principio, estas deben ser con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pero siempre buscando la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, en los siguientes términos:</p> <p>"(...) 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. 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 inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones 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</p> <p>² Sentencia C-713 de 2009.</p>

del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista (...)" Negrilla y subrayado fuera de texto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y en particular del principio de libre concurrencia, en materia de obras públicas la Entidad contratante debe procurar la elección de contratistas con las calidades técnicas que lo hagan idóneo para el cumplimiento del fin que busca cumplir con dicha contratación. En ese sentido, en nuestro entendimiento, generar incentivos en la contratación estatal con los mecanismos ya mencionados que buscan solucionar problemáticas sociales de fondo, resultan inconvenientes para la consecución de los verdaderos fines que el Estado busca satisfacer en materia de obras públicas en el país.

En linea con la anterior postura, el Consejo de Estado también ha sido enfático en materia del principio de selección objetiva, señalando que es uno de los principios más importantes de la contratación pública, en la medida que este puede llegar a asegurar el cumplimiento de los demás principios establecidos en el estatuto de contratación, siendo primordial garantizarle a la respectiva entidad la elección de la oferta más favorable y así cumplir el interés público que está inmerso en la actividad de la administración. Lo anterior lo ha señalado el Consejo de Estado³ en los siguientes términos:

"(...) La selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa. y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública. (...) el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B - Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio - Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012) Radicación numero: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

Comisión Séptima Constitucional Permanente

LA COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los sies (07) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) - En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes consideraciones:

COMENTARIOS: MINISTERIO DE TRANSPORTE
REFRENDOADO POR: DOCTORA ÁNGELA MARÍA OROZCO GÓMEZ -MINISTRA.
NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N° 329/2020 SENADO y 224/2019 CÁMARA.
TÍTULO DEL PROYECTO: "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ETNICA EMPRESARIAL"
NÚMERO DE FOLIOS: CUATRO (04) FOLIOS
RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: MIÉRCOLES SIETE (07) DE ABRIL DE 2021.
HORA: 6.35 A.M.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,


JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO
Comisión Séptima del H. Senado de la República

respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad (...)" Negrilla y subrayado fuera de texto original.

Adicionalmente, consideramos 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.

Acorde con todo lo expuesto, en concepto de este Ministerio la incorporación de la iniciativa en el ordenamiento jurídico colombiano resultaría desproporcionado para un sector esencial en el mercado de las compras públicas como son las micro, pequeñas y medianas empresas, además de las distorsiones que podría generar en el mercado referidas en detalle.

Con lo anterior damos trámite a su petición no sin antes reiterarle nuestra disposición para resolver cualquier inquietud o comentario adicional.

Cordialmente,

Formado digitalmente por
ANGELA MARIA OROZCO GOMEZ
03/04/2021 04:05:22:46:15
03/04/2021 04:05:22:46:15
ÁNGELA MARÍA OROZCO GÓMEZ
Ministra de Transporte

CONCEPTO JURÍDICO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA (ANDI) AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 10 DE 2020 SENADO - 425 DE 2020 CÁMARA

por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a garantizar el derecho fundamental a la salud dentro del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con la Ley 1751 de 2015, y la sostenibilidad del sistema de salud.

DOCUMENTO

"Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a garantizar el Derecho Fundamental a la Salud dentro del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con la ley 1751 de 2015, y la sostenibilidad del Sistema de Salud"

(Proyecto de Ley No. 010 de 2020 Senado – 425 de 2020 Cámara)

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, presenta a consideración sus comentarios frente al proyecto de ley de la referencia, sin perjuicio de que más adelante nos permitamos realizar comentarios adicionales.

En relación con la iniciativa, en términos generales, se observa un proyecto que avanza sobre algunos aspectos que deben superarse con respecto a la normatividad actual del Sistema de Salud y le confiere importancia al rol que juega el usuario en su responsabilidad para mantener su salud y al papel fundamental de la promoción y la prevención dentro del modelo.

Por ende, la ANDI apoya el proyecto de ley y las observaciones puntuales siguientes están encaminadas a la mejora del mismo. Cabe advertir que estas observaciones son realizadas con base en el texto de la ponencia para primer debate radicada el día 16 de marzo de 2021.

Prohibición de tercerización laboral para el talento humano en salud (artículo 52): varios son los comentarios en relación con esta disposición. En primer lugar, conviene recordar que el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 ya contiene una regulación a este respecto y que aplica a toda institución o empresa pública o privada. De otro lado, el Código Sustantivo del Trabajo, entre otros, en los artículos 34, 35 y 67, contempla parámetros para la protección de los derechos de los trabajadores independientes. Por último, está la Resolución igual manera, está la Resolución 2021 de

Comisión Séptima Constitucional Permanente

LA COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los DIECINUEVE (19) días del mes de septiembre del año dos mil veintidós (2022) - En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes: consideraciones.

CONCEPTO: FONDO NACIONAL DE GARANTIAS S.A

REFRENDADO POR: MARIA ALEJANDRA BOTIVA LEON – VICEPRESIDENTE COMERCIAL FNG

NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N° 23/2022 SENADO

TÍTULO DEL PROYECTO: "POR MEDIO DEL CUAL SE INCENTIVA LA GENERACION DE EMPLEO VERDE Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

NÚMERO DE FOLIOS: DOS (02)

RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL

DÍA: VIERNES 16 DE SEPTIEMBRE DE 2022

HORA: 3:15 P.M.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El secretario,


PRAXERE JOSE' OSPINO REY
SECRETARIO

**CONCEPTO JURÍDICO COLOMBIA COMPRA EFICIENTE PROYECTO DE LEY
NÚMERO 250 DE 2021 CÁMARA**

por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial y se dictan otras disposiciones.



Bogotá D.C., 22 de agosto 2022

Doctora
Ana Paola Agudelo
H. Senadora de la República
Comisión Séptima de Senado
Bogotá D.C.

ASUNTO: Concepto institucional- Proyecto de Ley 250/2021 de Cámara, "por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial y se dictan otras disposiciones" / Respuesta radicado No. P20220812008048

Honorable Senadora, cordial saludo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, es un organismo técnico especializado que se encarga de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materias de compras y contratación estatal, con el propósito de orientar la gestión contractual de las entidades públicas hacia la reducción de los costos en sus operaciones; fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública; y formular parámetros para la adecuada gerencia contractual del Estado. En concordancia con las funciones descritas, ponemos a consideración de los Honorables Senadores algunos comentarios al proyecto de ley 250/2021 de Cámara "por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial y se dictan otras disposiciones", con el propósito de que sean tenidos en cuenta en la discusión del tercer debate:

1. LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO GARANTÍA DE LA SATISFACCIÓN DE LAS 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

¹. 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, los cuales se encuentran previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política².

Atendiendo a la finalidad instrumental que reviste la contratación pública en el cumplimiento de los cometidos estatales, es precisamente que la selección de los contratistas de la administración debe estar orientada bajo estrictos criterios objetivos, puesto que el éxito de la gestión contractual depende en gran medida de escoger las mejores ofertas que se encuentran disponibles en el mercado,³ y esto es posible si se garantiza que en un marco de oposición entre propuestas, el Estado seleccione aquellas que resulten más convenientes⁴.

Lo anterior resulta medular en un sistema eficiente de compra pública, en primer término, porque el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por lo mismo, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y en segundo término porque es precisamente la rivalidad entre las ofertas lo que garantiza la obtención de bienes o servicios de alta calidad y le permite al Estado satisfacer las necesidades públicas que se encuentran inmersas en el contrato estatal⁵.

Cabe destacar que la selección de los contratistas bajo criterios objetivos constituye un claro desarrollo de los principios de transparencia, moralidad, eficiencia, libre competencia e igualdad,⁶ y su materialización encuentra asidero en la definición que desde el ordenamiento jurídico se

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

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

³ Sentencia C-949 de 2001.

⁴ Sentencia C-713 de 2009.

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

⁶ Sentencia C-300 de 2012.

establezca de los criterios de adjudicación y valoración de las propuestas, pues precisamente son estos los elementos 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: una primera que se refiere a los requisitos habilitantes, en la que se examinan las características subjetivas de los oferentes, a fin de verificar si cuentan con la idoneidad para cumplir con el objeto del contrato. Una segunda, en la que se valoran las proposiciones presentadas por las empresas aptas para ejecutar el contrato y se determina cuál es la oferta más favorable.

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

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

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

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.

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

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 todo un conjunto de medidas tendientes a crear incentivos en la contratación, los cuales buscan posicionar claras políticas sociales.

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 de sostenibilidad no puede 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 en la calidad de su prestación o cumplimiento.

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

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

Sobre este punto, cabe destacar lo señalado en el libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea¹¹, en el que se advierte que el vínculo de este tipo de políticas horizontales con el objeto del contrato asegura que “*la compra como tal siga*

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

⁹ Ibidem.

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

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

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

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

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, puesto que si se trata de condiciones difícilmente asumible o cuyo cumplimiento conlleva una carga excesiva para buena parte de las empresas, desde la Administración puede favorecerse la adjudicación a un reducido número de oferentes e impedir que otras contraten con la Administración, lo que puede hacer del mercado de compra pública un escenario poco atractivo para la actividad empresarial.

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

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

¹² Ibidem.

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

- *Elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública. En relación con los objetivos secundarios de política a cuyo logro va a colaborar la contratación pública, deberán desarrollarse una adecuada planificación, un análisis de referencia y una evaluación de riesgos, y deberán establecerse los resultados previstos, todo ello de cara al desarrollo de los oportunos planes de acción o directrices de puesta en marcha.*
- *Emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de objetivos secundarios de política. Deberán cuantificarse, conforme a metas o etapas adecuadas, los resultados de cualquier uso del sistema de contratación pública en apoyo de objetivos secundarios de política, a fin de proporcionar a los responsables de la formulación de las políticas la información oportuna acerca de los beneficios y los costos de dicho uso. La eficacia deberá cuantificarse tanto a nivel de cada proceso de contratación pública como en referencia al logro de los resultados previstos en materia de política. Además, deberá evaluarse periódicamente el efecto global que sobre el sistema de contratación pública tiene la persecución de objetivos secundarios de política, con el fin de abordar la posible sobrecarga de objetivos.*

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

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

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

¹⁴ Sentencia C-615/02.

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

“Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades 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. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY NO. 250/DE 2021 CÁMARA

Conforme se desprende del artículo 1 del proyecto Ley No. 250 de 2021 Cámara, *“Por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial y se dictan otras disposiciones”*, este tiene por objeto incentivar la generación de empleos en favor de personas pertenecientes a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, en los niveles de dirección, supervisión y operación. El referido proyecto de ley dispone la creación del Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, el cual, conforme a lo señalado en el proyecto de ley, deberá otorgarse por parte del Ministerio del Trabajo a las empresas que vinculen dentro de su personal a personas pertenecientes 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. Según indica el proyecto, el referido certificado será un indicador positivo para las empresas, uniones temporales y/o consorcios o entidades sin ánimo de lucro que deseen contratar con el Estado.

Para estos efectos, el parágrafo 1 del artículo 1 del proyecto, propone otorgar el término de seis (6) meses posteriores a la eventual entrada en vigor de la norma, como plazo para que el Ministerio de Trabajo expida los criterios y procedimientos para la acreditación de los requisitos para el otorgamiento del certificado. En consonancia con esto, el parágrafo 2 del artículo 1 del proyecto de ley indica que para acreditar que el personal que sea vinculado mediante contrato de trabajo efectivamente pertenece a población étnica deberá tenerse en cuenta los siguientes documentos: i) el certificado de registro o autocenso expedido por la Dirección de Asuntos indígenas, Rom y minorías del Ministerio del Interior, tratándose de población indígena y Rom; ii) el certificado de auto reconocimiento o autodeterminación de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, afrocolombianas, raizales y Palenqueras del Ministerio de Interior para estas poblaciones; y iii) la tarjeta de control de circulación y residencia (“OCCRE) para la población raizal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Ahora bien, el artículo 2 del proyecto de ley contempla la creación de un incentivo para las empresas, uniones temporales y/o consorcios que tengan vigente el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, consistente en un puntaje adicional en los procesos de selección contractual que adelanten con el Estado. Las reglas para el eventual otorgamiento del puntaje no están plenamente establecidas en el cuerpo de la iniciativa normativa en comento, comoquiera que la misma opta por establecer tal regulación vía reglamento, por lo que el parágrafo 1, establece que el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, deberán expedir el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los *“procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, como incentivo a las empresas que tengan el certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial”*.

Por su parte, el artículo 3 de la norma establece que las medidas y beneficios que se adaptan tendrán un plazo de vigencia de diez (10) años, contados a partir de la fecha de su promulgación de la norma. En concordancia con esto, el artículo 4, establece que la norma rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

5. ANÁLISIS DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-

De acuerdo con el análisis realizado por la Agencia, se advierte 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 tengan trabajadores pertenecientes a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, se está desviando la valoración de las ofertas a criterios subjetivos que nada tienen 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 ofertas 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 personas con condiciones específicas y subjetivas para el cumplimiento del contrato, 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.

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 las adquisiciones realizadas por el Estado.

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

Finalmente, en atención a que la creación del puntaje contemplado en el artículo 2 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 población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, 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 vinculación de la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana 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 vinculación se puede materializar a través de cláusulas sociales en los contratos, sin que se afecte la competencia en los procesos de selección, tal y como se explicó en los párrafos anteriores. Lo anterior, atendiendo a que esta tipología de cláusulas resulta válidas a la luz del ordenamiento jurídico, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes como fuente de las obligaciones, que por expresa remisión del artículo 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 resulta aplicable a los contratos de la Administración pública.

A lo anterior vale adicionarle una consideración para denotar cierta imprecisión en la que recae el texto del proyecto cuando incluye dentro de su ámbito de aplicación la modalidad de contratación directa. Esto por cuanto los procesos que desarrollan en virtud de esta causal de contratación no son competitivos, razón por la que no es correcto hablar de puntajes adicionales, comoquiera que en estos procesos de contratación no se da una evaluación de ofertas mediante el otorgamiento de puntajes. En ese sentido, de conformidad con las modalidades de selección establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en atención a la regulación del deber de selección realizada por el artículo 5 de dicha norma, solo resulta viable hablar de puntajes adicionales en modalidades competitivas como las de licitación pública y concurso de méritos, e incluso en la de selección abreviada de menor cuantía, la cual no se incluye en proyecto.

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

6.1. El artículo 2 del proyecto de ley resulta inconveniente, por cuanto desarticula el sistema de compra pública, dado que al incluir un puntaje adicional a aquellos proponentes que acrediten un número mínimo de trabajadores de la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, 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.

6.2. 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 o servicio a contratar, lo cual puede perjudicar la eficiencia y calidad de los bienes, obras y servicios a contratar por parte del estado.

6.3. 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 población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana. Asimismo, tampoco se evalúa cual 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.

6.4. El artículo 2 del proyecto de ley constituye una medida de intervención en la economía de carácter desproporcionada, que restringe la libre competencia y, por lo tanto, desborda el margen de configuración que tiene el legislador en materia de contratación pública.

Cordialmente,



Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

CSP-CS-1284-2022

Bogotá D.C., 19 de septiembre de 2022

PARA: DOCTOR GREGORIO ELJACH PACHECO, SECRETARIO GENERAL, H. SENADO DE LA REPÚBLICA.

DE: PRAXERE JOSE OSPINO REY – SECRETARIO COMISION SEPTIMA

ASUNTO: PUBLICACIÓN CONCEPTO.

Respetado Doctor:

Para lo de su competencia y con base en lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 2º de la **Ley 1431 de 2011**, remito a su despacho por medio electrónico, para su publicación en la Gaceta del Congreso de la República,

CONCEPTO: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

REFRENDADO POR: JUAN DAVID MARIN LOPEZ – SUBDIRECTOR DE GESTION CONTRACTUAL (E)

NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N°382/2022 SENADO – 250/2021 CÁMARA

TÍTULO DEL PROYECTO: “POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ÉTNICA EMPRESARIAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”

NÚMERO DE FOLIOS: ONCE (11)

RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL

DÍA: VIERNES 16 DE SEPTIEMBRE DE 2022

HORA: 3:34 P.M.

Cordialmente,



PRAXERE JOSE OSPINO REY
SECRETARIO - COMISIÓN SÉPTIMA

LA COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los DIECINUEVE (19) días del mes de septiembre del año dos mil veintidós (2022) - En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes: consideraciones.

CONCEPTO: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

REFRENDADO POR: JUAN DAVID MARIN LOPEZ – SUBDIRECTOR DE GESTION CONTRACTUAL (E)

NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N°382/2022 SENADO – 250/2021 CÁMARA

TÍTULO DEL PROYECTO: “POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ÉTNICA EMPRESARIAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”

NÚMERO DE FOLIOS: ONCE (11)

RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: VIERNES 16 DE SEPTIEMBRE DE 2022

HORA: 3:34 P.M.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El secretario,

Praxere José Osipino Rey
PRAXERE JOSE OSPINO REY
 SECRETARIO

**CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROYECTO DE LEY NÚMERO 115 DE 2021 SENADO**

Por la cual se promueve la participación de niñas, adolescentes y mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas.



2. Despacho del Viceministro General

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Honorable Congresista

ROY LEONARDO BARRERAS MONTEALEGRE
 Senado de la República
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
 Carrera 7 No 8-68- Edificio Nuevo del Congreso
 Bogotá D.C., Cundinamarca



Radicado: 2-2022-041597

Bogotá D.C., 15 de septiembre de 2022 19:13

Radicado entrada
 No. Expediente 35907/2022/OFI

Asunto: Comentarios al texto de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 115 de 2021 Senado “Por la cual se promueve la participación de niñas, adolescentes y mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas”.

Respetado Presidente,

De manera atenta se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto de ponencia presentado para segundo debate al proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El presente Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto “promover la participación y permanencia de niñas, adolescentes y mujeres en las áreas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, a través de la implementación de una política pública en la que, de forma coordinada con las diferentes entidades se incluyan aspectos educativos y de vinculación laboral”¹.

Para tal fin, el artículo 4 dispone:

“Artículo 4º. Mesa de mujer en la ciencia y la tecnología. Crease la mesa interinstitucional de la mujer en la ciencia y la tecnología con la finalidad de coordinar y articular esfuerzos entre entidades para la promoción de la participación de la mujer en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas.

La mesa estará dirigida por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. La integrarán el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio del Trabajo, y la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la mujer.

Bogotá D.C, junio de 2021

Honorables Representantes
JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SÁNCHEZ
JHON ARLEY MURILLO BENITEZ
JORGE ALBERTO GOMEZ GALLEGO
COMISIÓN SÉPTIMA DE CÁMARA DE REPRESENTANTES

Ciudad

Asunto: Comentarios al proyecto de ley No. 613 de 2021 Cámara, *“Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones”*.

Respetados Representantes,

Agradecemos la oportunidad para pronunciarnos como Consejo Gremial Nacional, en el trámite del proyecto de ley que buscar crear el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, ya que consideramos que esta iniciativa afecta el sistema de compras públicas del país, generando una distorsión.

En efecto, tal como lo expusieron el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, a través de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el marco del proyecto de ley No. 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado¹, la creación de un Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial es inconveniente e inconstitucional. Lo anterior como consecuencia de que el proyecto de ley contradice los principios de igualdad y libre concurrencia, cuando estipula un puntaje adicional en los procesos de selección que no corresponde a criterios de selección objetiva, y que no atiende al desarrollo de los principios de la contratación estatal, tales como, transparencia, economía y responsabilidad, y los aplicables a la función pública, dentro de los cuales se resalta la igualdad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación y publicidad.

Estas conclusiones se derivan del articulado de la ponencia para primer debate, en donde se consagra que las empresas, uniones temporales y/o consorcios obtengan un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas que adelante el Estado, cuando tengan vigente el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, que sería otorgado por el Ministerio del Trabajo, siempre y cuando las empresas vinculen dentro de su personal población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, en los niveles de dirección, supervisión y operación, en un porcentaje igual o superior al 10% de su planta laboral.

¹ Proyecto que fue archivado en esta legislatura y que tenía el mismo objeto de la iniciativa en estudio.

Al respecto, la propuesta normativa desconoce el principio de igualdad, cuya garantía consiste en asegurar que quienes cumplan con los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan participar con sus ofertas y que estas sean consideradas por la entidad, en igualdad de condiciones. La medida legislativa introduce un parámetro de asignación de puntaje adicional (determinante para la selección del adjudicatario), cuyo cumplimiento solo podrán lograr los proponentes que demuestren la vinculación de la población referida, excluyendo de esta forma a los demás que, por razones económicas o de tamaño empresarial, no puedan contratar a estas personas.

Ciertamente, el principio de libre concurrencia está dirigido a la no discriminación en el acceso y durante el proceso de selección y la competencia entre los partícipes, en cumplimiento de la normativa y respondiendo a los criterios de selección, que deben ser objetivos (Sentencia C-713 de 2009).

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

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

De otra parte, no se debe olvidar que estos procesos son fundamentales para el sector privado y su desarrollo, por lo anterior, generar nuevos requerimientos para acceder a puntajes adicionales limita la participación y acceso a estos recursos. Vale la pena indicar que, en la coyuntura actual, es fundamental el trabajo articulado entre los sectores público y privado en la reactivación económica, para asegurar que más empresas puedan acceder a estos procesos.

Adicionalmente, esta medida afecta de manera concreta a las pequeñas y medianas empresas, y posiblemente al empleo que estas generan en los niveles directivo, supervisor y en el personal operativo, ya que deberán incurrir en costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para acceder al Certificado que se crea por conducto de la Ley, pero que no necesariamente es requerido para el cumplimiento de sus objetos sociales, o deberán modificar su planta de personal, generándose la inminente necesidad de terminar otros contratos de trabajo a personas vinculadas a las empresas, para poder obtener el puntaje.

Si bien resaltamos y felicitamos la intención de los autores y ponentes de buscar alternativas para la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom, consideramos que el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial no es la vía para generar mejores condiciones en el cumplimiento de las condiciones precontractuales y contractuales.

Por último, los incentivos que no responden a los criterios objetivos de la contratación pública pueden propiciar malas prácticas en los procesos de contratación de algunas entidades públicas, concentrando la contratación en pocos oferentes y direccionando los procesos.

Esperemos que esta discusión tenga presente los argumentos que desde el sector público y privado se han esgrimido, lo anterior, para construir con la información y las experiencias de ambos sectores, medidas que beneficien el cumplimiento de las finalidades de las entidades públicas, a través de los procesos de contratación pública.

Finalmente, solicitamos que esta comunicación sea enviada al pleno de la Comisión séptima para su conocimiento y análisis y que repose en el expediente del Proyecto de Ley señalado en el asunto.

Agradecemos su atención.

Cordialmente,



JULIÁN DOMÍNGUEZ RIVERA
Presidente
CONSEJO GREMIAL NACIONAL



REPÚBLICA DE COLOMBIA



GACETA DEL CongRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5^a de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO XXX - N^o 304

Bogotá, D. C., martes, 20 de abril de 2021

EDICIÓN DE 25 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariosenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 224 DE 2019 CÁMARA, 329 DE 2020 SENADO

por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan tras disposiciones.



PR-SCI-21-0385



Bogotá, D.C. 19 de abril de 2021

Doctor:

JOSE RITTER LÓPEZ PEÑA
Presidente de la Comisión Séptima
SENADO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 # 8-68
Ciudad.

Asunto: *Pronunciamiento frente Proyecto de Ley No. 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado "Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan tras disposiciones".*

Respetado Doctor:

En mi calidad de Presidente de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, órgano consultivo del Gobierno Nacional, pongo en su conocimiento una inquietud que se ha presentado en forma reiterativa por parte en nuestros asociados, frente al Proyecto de Ley No. 224 de 2019 por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial, sin tener en cuenta las graves repercusiones que éste puede llegar a tener sobre las pequeñas y medianas empresas que hoy licitan con el estado, así como el impacto negativo que se genera en para el sistema de compras públicas.

Se considera que la expedición de esta Ley lesiona y afecta gravemente la sostenibilidad económica de las pequeñas y medianas empresas, ya que para la obtención de dicho certificado de responsabilidad étnica empresarial se hace necesario que como mínimo que el diez por ciento (10%) de la planta laboral de la empresa cuente con personal indígena, afrocolombiano, raizal, palenquero, rom o gitano, en los niveles de dirección, supervisión y operación, implicando para las empresas la necesidad de tener que contratar personas que cumplan con dichas condiciones, solo para la obtención de un certificado, teniendo que sacrificar su planta de personal, ya que resulta insostenible poder mantener a su personal idóneo, más el personal que se debe contratar solo para cumplir un requisito y poder seguir trabajando con el estado.

Estando en la situación económica por la cual atraviesa el país, en donde se está buscando una reactivación económica, un proyecto de Ley como el arriba mencionado, no impulsa el desarrollo o la sostenibilidad de las empresas, por el contrario busca su desaparición, ya que solo las grandes

empresas podrán llegar a competir entre sí, generándose una desigualdad en la contratación pública.

Valga señalar que se estaría pasando de presentar ofertas en las cuales primen la experiencia e idoneidad del proponente en beneficio de la contratación de las Entidades Públicas, a las ofertas presentadas por empresas que demuestren su capacidad de vincular a dichos grupos poblacionales, sin entrar a verificar su experticia y de esta forma llevar las pequeñas y medianas empresas a sacrificar al personal idóneo y experto el cual debe ser remplazo por éstos grupos poblacionales, en temas tan sensibles como los que se manejan en el área de la infraestructura en general.

Ahora bien el generar este tipo de incentivos de conceder un puntaje adicional a las empresas que cuenten con el precitado certificado, no es garantía suficiente para el cumplimiento del objeto a contratar, se diluyen los principios de la contratación pública como lo son la selección objetiva, la igualdad, la economía, la eficiencia, la neutralidad, entre otros y se reducen solo a la obtención de un certificado, sacrificando la calidad, idoneidad y experiencia.

No se desconoce de forma alguna la importancia que tiene la visibilización de las comunidades étnicas y la búsqueda de reconocimiento e igualdad para las mismas, lo que no resulta justo es que se traslade a la pequeña y mediana empresa la responsabilidad de garantizar esa igualdad, a las que no les va a ser posible cumplir con la obtención de dicho certificado, condenándolas a ellas a su desaparición sacrificando con ello a los trabajadores.

Esta preocupación es creciente en el gremio de los Ingenieros y por ende solicitamos que se tengan en cuenta todas las motivaciones arriba mencionadas, con el fin de evitar que este lesivo proyecto de Ley sea promulgado en contra de los intereses de todo el conglomerado social, quien es en últimas el beneficiario directo de la contratación pública.

Cordialmente,


Firmado digitalmente
por Germán Pardo
Albarracín
Fecha: 2021.04.19
160329 0500
GERMÁN PARDO ALBARRACÍN
Presidente
SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS

CC Doctora ANGELA MARIA OROZCO GÓMEZ Ministra de Transporte
Doctora OLGA LUCIA RAMIREZ DUARTE Viceministra de Infraestructura

LA COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los veinte (20) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) - En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes:

COMENTARIOS: SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS
REFRENDOADO POR: DOCTOR GERMÁN PARRA ALBARRACÍN -PRESIDENTE.
NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N° 329/2020 SENADO y 224/2019 CÁMARA.
TÍTULO DEL PROYECTO: "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ÉTNICA EMPRESARIAL"
NUMERO DE FOLIOS: DOS (02) FOLIOS

RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: LUNES DIECINUEVE (19) DE ABRIL DE 2021.

HORA: 17.146 P.M.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,


JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO

Comisión Séptima del H. Senado de la República

CONCEPTO JURÍDICO DEL CONSEJO GREMIAL NACIONAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 224 DE 2019 CÁMARA, 329 DE 2020 SENADO

por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones.



Bogotá D.C., 19 de abril de 2021

Doctor
JOSÉ RITTER LÓPEZ PEÑA
Presidente
Comisión Séptima
SENADO DE LA REPÚBLICA
Ciudad

Asunto: Comentarios Proyecto de Ley No. 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado
"Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones".

Apreciado Senador,

Agradecemos la oportunidad para pronunciarnos como Consejo Gremial Nacional, en el trámite del proyecto de ley que buscar crear el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, ya que consideramos que esta iniciativa afecta el sistema de compras públicas del país, generando una distorsión.

En efecto, tal como lo expusieron el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, a través de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, la iniciativa de la referencia es inconveniente e inconstitucional. Lo anterior como consecuencia de que el proyecto de ley contradice los principios de igualdad y libre concurrencia, cuando estipula un puntaje adicional en los procesos de selección que no corresponde a criterios de selección objetiva, y que no atiende al desarrollo de los principios de la contratación estatal, tales como, transparencia, economía y responsabilidad, y los aplicables a la función pública, dentro de los cuales se resalta la igualdad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación y publicidad.

Estas conclusiones se derivan del articulado de la ponencia para tercer debate, en donde se consagra que las empresas, uniones temporales y/o consorcios obtengan un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas que adelante el Estado, cuando tengan vigente el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, que sería otorgado por el Ministerio del Trabajo, siempre y cuando las empresas vinculen dentro de su personal población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o

gitana, en los niveles de dirección, supervisión y operación, en un porcentaje igual o superior al 10% de su planta laboral.

Al respecto, la propuesta normativa desconoce el principio de igualdad, cuya garantía consiste en asegurar que quienes cumplan con los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan participar con sus ofertas y que estas sean consideradas por la entidad, en igualdad de condiciones. La medida legislativa introduce un parámetro de asignación de puntaje adicional (determinante para la selección del adjudicatario), cuyo cumplimiento solo podrán lograr los proponentes que demuestren la vinculación de la población referida, excluyendo de esta forma a los demás que, por razones económicas o de tamaño empresarial, no puedan contratar a estas personas.

Ciertamente, el principio de libre concurrencia está dirigido a la no discriminación en el acceso y durante el proceso de selección y la competencia entre los participes, en cumplimiento de la normativa y respondiendo a los criterios de selección, que deben ser objetivos (Sentencia C-713 de 2009).

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

La adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los fines constitucionales, de esta forma, cuando se pretende la inclusión de beneficios adicionales en los procesos públicos, el legislativo debe analizar si la disposición cumple con los postulados constitucionales; para el caso particular, la iniciativa genera una afectación de estos principios.

Se debe reiterar que la contratación estatal permite el cumplimiento de las funciones de las entidades del estado, con recursos públicos, los cuales podrán ser ejecutados por parte de quienes cumplan con los requisitos de un proceso de contratación, bajo la estricta observancia de la normativa.

De otra parte, no se debe olvidar que estos procesos son fundamentales para el sector privado y su desarrollo, por lo anterior, generar nuevos requerimientos para acceder a puntajes adicionales limita la participación y acceso a estos recursos. Vale la pena indicar que, en la coyuntura actual, es fundamental el trabajo articulado entre los

<p>sectores público y privado en la reactivación económica, para asegurar que más empresas puedan acceder a estos procesos.</p> <p>Adicionalmente, esta medida afecta de manera concreta a las pequeñas y medianas empresas, y posiblemente al empleo que estas generan en los niveles directivo, supervisor y en el personal operativo, ya que deberán incurrir en costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para acceder al Certificado que se crea por conducto de la Ley, pero que no necesariamente es requerido para el cumplimiento de sus objetos sociales, o deberán modificar su planta de personal, generándose la inminente necesidad de terminar otros contratos de trabajo a personas vinculadas a las empresas, para poder obtener el puntaje.</p> <p>Si bien resaltamos y felicitamos la intención de los autores y ponentes de buscar alternativas para la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom, consideramos que el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial no es la vía para generar mejores condiciones en el cumplimiento de las condiciones precontractuales y contractuales.</p> <p>Por último, los incentivos que no responden a los criterios objetivos de la contratación pública pueden propiciar malas prácticas en los procesos de contratación de algunas entidades públicas, concentrando la contratación en pocos oferentes y direccionando los procesos.</p> <p>Esperemos que esta discusión tenga presente los argumentos que desde el sector público y privado se han esgrimido, lo anterior, para construir con la información y las experiencias de ambos sectores, medidas que beneficien el cumplimiento de las finalidades de las entidades públicas, a través de los procesos de contratación pública.</p> <p>Cordialmente,</p> <p> JULIÁN DOMÍNGUEZ RIVERA Presidente Consejo Gremial Nacional</p>	<p>LA COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. - Bogotá D.C., a los veinte (20) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) - En la presente fecha se autoriza la <u>publicación en Gaceta del Congreso de la República</u>, las siguientes consideraciones.</p> <p>COMENTARIOS: CONSEJO GREMIAL NACIONAL REFRENDOADO POR: DOCTOR JULIÁN DOMÍNGUEZ RIVERA -PRESIDENTE. NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: N° 329/2020 SENADO y 224/2019 CÁMARA. TÍTULO DEL PROYECTO: "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD ETNICA EMPRESARIAL" NÚMERO DE FOLIOS: TRES (03) FOLIOS RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: LUNES DIECINUEVE (19) DE ABRIL DE 2021. HORA: 17.18 P.M.</p> <p>Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.</p> <p>El Secretario,</p> <p> JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA SECRETARIO Comisión Séptima del H. Senado de la República</p>
---	---

CONTENIDO

Gaceta número 304 - Martes 20 de abril de 2021
 SENADO DE LA REPÚBLICA
 PONENCIAS

Págs.

Informe de ponencia para segundo debate y texto aprobado al Proyecto de ley número 189 de 2020 Senado, por medio del cual se establece un marco de regulación y control del cannabis de uso adulto, con el fin de proteger a la población colombiana de los riesgos de salud pública y de seguridad asociados al vínculo con el comercio ilegal de sustancias psicoactivas y se dictan otras disposiciones	1
Ponencia para segundo debate, texto propuesto y texto definitivo ante la Honorable Plenaria del Senado de la República del Proyecto de ley número 370 de 2020 Senado, 163 de 2020 Cámara, por la cual se establecen beneficios tributarios para la realización de los I Juegos Panamericanos Junior Cali 2020, V Juegos Panamericanos Juveniles Bogotá 2021, XIX Juegos Deportivos Bolivarianos Valledupar 2022 y el XIXcampeonato Mundial de Atletismo Sub 20 de Cali 2022 y se dictan otras disposiciones.....	10
TEXTOS DE PLENARIA	
Texto definitivo aprobado en sesión plenaria mixta del Senado de la República del día 24 de marzo de 2021 al Proyecto de ley número 287 de 2020 Senado, 64 de 2019 Cámara, por la cual se crean garantías de acceso a servicios financieros para mujeres y hombres cabeza de familia, se adiciona la Ley 82 de 1993 modificada por la Ley 1232 de 2008 y se dictan otras disposiciones.....	22
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros al Proyecto de ley número 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado, por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan tras disposiciones	23
Concepto jurídico del Consejo Gremial Nacional al Proyecto de ley número 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado, por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan tras disposiciones.....	24

Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2021.

Doctora
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Presidenta
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad



1-3-29112021-20873

Remitente: Juan Martín Caicedo Ferrer
Destinatario: CAMARA DE REPRESENTANTES
Folio: 2 **Anexos:** 4
Para: Acción/Cuando:

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

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

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

Estimados Representantes,

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

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

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

Agradecemos de antemano su valiosa atención.

Con todo comedimiento,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER

Presidente Ejecutivo

VJ/OC

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

c.c. Dra. Ángela María Orozco – Ministra de Transporte

Dra. Olga Lucía Ramírez – Viceministra de Infraestructura

Dr. José Andrés O’Meara – Director General Colombia Compra Eficiente

Dr. Jorge Tirado – Subdirector de Gestión Contractual Colombia Compra Eficiente