



LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019.

Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país; ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública; iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación; iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional; v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana; así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas

EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales

Como medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de los emprendimientos y las empresas de mujeres en el sistema de compra pública, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 establece que las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa.

La inclusión de estos criterios diferenciales en los procesos de selección quedó condicionada a los resultados del análisis del sector que elabore la entidad pública en la etapa de planeación y al cumplimiento de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor. A su vez, el párrafo primero de la norma analizada estableció que la definición de emprendimientos y empresas de mujeres se realizaría de manera reglamentaria.

ÁMBITO DE APLICACIÓN – Interpretación literal – Decreto 092 de 2017 – Exclusión

los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 – adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– definieron el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo que estos se aplicarán en los procesos contractuales en que resulte aplicable los procedimiento de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del

Página 1 de 23

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



EGCAP. En tal sentido, las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentren relacionadas en ese listado están excluidas, lo que descarta su aplicación, entre otros, en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

[...]

La misma conclusión expuesta en relación con la selección abreviada por subasta inversa aplica para los procesos competitivos regulados en el Decreto 092 de 2017, toda vez que el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 no hace referencia a este tipo de procesos que, por demás, tienen una regulación especial. [...] En este contexto, es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por consiguiente, debido a que la interpretación del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 debe ceñirse a su tenor literal y gramatical, no es posible incluir dentro de su ámbito de aplicación los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, teniendo en cuenta que estos no se encuentran referenciados en la norma y son esencialmente distintos a los procesos de selección establecidos en dicha disposición.

MIPYME – Criterios diferenciales – Aplicación – Limitación de Convocatoria a Mipyme – Incompatibilidad

Según se evidencia, la norma contempla un mandato dirigido a las entidades indistintamente de su régimen de contratación, a los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y a los particulares que ejecuten recursos públicos, lo que significa que la aplicación de criterios diferenciales habilitantes para Mipyme domiciliadas en Colombia será obligatorio en los procesos de selección competitivos que estas adelanten, independientemente de la modalidad de contratación empleada. Sin embargo, la definición de los criterios diferenciales en favor de las Mipymes no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector, análisis que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, deberá «identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación».

[...]

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, señala expresamente que los criterios diferenciales para Mipyme no rigen en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, este incentivo es incompatible con las convocatorias limitadas a Mipyme en la medida en que en estos procesos todos los participantes deben tener la calidad de Mipyme, lo que conllevaría a la ineficacia de este incentivo que precisamente está dirigido a establecer condiciones más beneficiosas para este tipo de proponentes





Bogotá D.C., 29 de septiembre de 2022

Señora
Jasbleide Mendoza Díaz
Bogotá D.C.

Concepto C – 626 de 2022

Temas: LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales / ÁMBITO DE APLICACIÓN – Interpretación literal – Decreto 092 de 2017 – Exclusión / MIPYME – Criterios diferenciales – Aplicación – Limitación de Convocatoria a Mipyme – Incompatibilidad

Radicación: Respuesta a consulta P20220818008181

Estimada señora Mendoza:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 18 de agosto de 2022.

1. Problema planteado

En relación con los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 adicionados por el Decreto 1860 de 2021, usted realiza las siguientes preguntas:

«1. El decreto 1860 de 2021 en su artículo ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.15. dispone que los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas y señala que aplican para licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los





procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con lo anterior se debe inferir que para las modalidades como subasta (menor cuantía o licitación) no aplica este criterio diferenciador? así como tampoco para las mínimas cuantías?? es decir que las entidades con régimen especial que adelanta solicitud privadas de ofertas por ejemplo no aplica el criterio diferenciador? solo aplican para las solicitudes públicas de oferta?? este criterio aplica para los procesos competitivos tramitados por decreto 092??

2. En cuanto a la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del mismo decreto frente a los Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas este si se aplica a todas las modalidades de selección, es decir subasta y mínima toda vez que este no detalla como lo hace el artículo anterior a que procesos aplica?? Cuando el proceso se limita a Mipyme se aplican los criterios diferenciadores de mujeres y los de mipymes o solo el de mujeres?».

2. Consideraciones

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, ii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas y iii) criterios diferenciales a favor de Mipyme y limitación de convocatoria a Mipyme.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre la vigencia en la Ley 2069 de 2020, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016 y C-026 del 4 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero, C-028 y C-029 del 23 de febrero de 2021 y C-037 del 26 de febrero de 2021. Frente al artículo 31 de la misma Ley se expidieron los conceptos C-029 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021 y C-573 del 13 de abril de 2021. En relación con el artículo 32 de la Ley en comento, pueden consultarse los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-029 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-031 del 1 de marzo de 2022, C-281 del 12 de mayo de 2021 y C-421 del 7 de julio de 2022. Las ideas expuestas en los conceptos¹ mencionados se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1 Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal

¹ Los cuales usted puede consultar en el siguiente enlace:
<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

Página 4 de 23



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

Conforme con lo previsto en su artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas², así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública³. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁴, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁵ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁶.

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019⁷.

² Artículos 2 al 29.

³ Artículos 30 al 36.

⁴ Artículos 37 al 45.

⁵ Artículos 46 al 73.

⁶ Artículos 74 al 83.

⁷ Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger





Por ello, la ley impulsa medidas para: i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación, iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional, v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana, así como, vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas⁸.

Además, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

2.2. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas

Como medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de los emprendimientos y las empresas de mujeres en el sistema de compra pública, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 establece que las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades

la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.

Página 6 de 23



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa.

La inclusión de estos criterios diferenciales en los procesos de selección quedó condicionada a los resultados del análisis del sector que elabore la entidad pública en la etapa de planeación y al cumplimiento de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor. A su vez, el párrafo primero de la norma analizada estableció que la definición de emprendimientos y empresas de mujeres se realizaría de manera reglamentaria.

En desarrollo de lo dispuesto en el párrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015, en el cual se dispone que con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección.

2. Cuando por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres y éstas hayan estado vinculadas laboralmente a la empresa durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección en el mismo cargo u otro del mismo nivel.

3. Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

4. Para las asociaciones y cooperativas, cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados sean mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección.

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.15 al Decreto 1082 de 2015, establece que en los procesos de selección las entidades públicas adoptarán criterios diferenciales relacionados con las condiciones habilitantes y puntajes adicionales para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Al respecto la norma citada señala:





ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.
2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.
3. Índices de capacidad financiera.
4. Índices de capacidad organizacional.
5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las empresas y emprendimientos de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurren al procedimiento de selección que no sean empresas o emprendimientos de mujeres.

De manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento adecuado del objeto contractual, con excepción de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las Entidades también otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del presente Decreto.

Las Entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.





PARÁGRAFO 1. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

PARÁGRAFO 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas

De lo anterior, se evidencia que los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– definieron el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo que estos se aplicarán en los procesos contractuales en que resulte aplicable el procedimiento de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. En tal sentido, las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentren relacionadas en ese listado están excluidas, lo que descarta su aplicación, entre otros, en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

Esta conclusión también encuentra sustento en la memoria justificativa que fundamenta la expedición del Decreto 1860 de 2021 en la cual se indica que «[...] a diferencia del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, los «criterios diferenciales» artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales»– aplican a «[...] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos [...]», *excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007*. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos previstos en el manual de las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993»⁹. (Énfasis por fuera de texto).

Al respecto, es necesario precisar que si bien la modalidad de selección abreviada establecida en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 incluye como causal la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que se adelanta por el mecanismo de subasta inversa, para efectos de

⁹ Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Proyecto-de-Decreto.aspx>





la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 ésta causal se encuentra excluida, en la medida en que la norma hace referencia expresa a los procesos de selección abreviada de menor cuantía.

En este sentido, la interpretación de esta norma debe ceñirse a su tenor literal y gramatical y no es posible acudir a una interpretación extensiva para ampliar el alcance del artículo en comento¹⁰. En efecto, la norma pudo referirse en términos generales a la modalidad de selección abreviada; sin embargo, optó por hacer referencia de una manera más precisa al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Bajo este argumento, tampoco puede interpretarse que al referirse la norma al proceso de selección abreviada de menor cuantía se entiende incluida la subasta inversa puesto que, al tratarse de causales distintas, con procedimientos distintos desarrollados en el reglamento, la normativa del sistema de compras públicas diferencia entre una u otra. En efecto, por mencionar algunos ejemplos, el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015 regula el «Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía»; por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.2.2. *Ibidem* define el «Procedimiento para la subasta inversa». De igual manera, a modo de ejemplo, en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– se hace referencia expresa a la «selección abreviada por subasta inversa»¹¹; mientras que en el artículo bajo análisis se menciona a la selección abreviada de menor cuantía, lineamiento que venía definido desde el orden legal, esto es, desde el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

De lo anterior se desprende que los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 excluyen la selección abreviada por subasta inversa de la aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. De lo contrario, habría efectuado mención expresa a esta causal de contratación de selección abreviada, como cita en otros artículos del Decreto 1860 de 2021. Además, la memoria justificativa que fundamenta el Decreto 1860 de 2021 es clara en indicar que su aplicación se excluye en las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentran allí relacionadas.

La misma conclusión expuesta en relación con la selección abreviada por subasta inversa aplica para los procesos competitivos regulados en el Decreto 092 de 2017, toda

¹⁰ De conformidad con el artículo 27 del Código Civil «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

¹¹ Al respecto el inciso 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 señala lo siguiente: «Con excepción de los procedimientos de *selección abreviada por subasta inversa* y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme. En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones». (Énfasis por fuera de texto)





vez que el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 no hace referencia a este tipo de procesos que, por demás, tienen una regulación especial. En efecto, el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL y regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Para celebrar los contratos del artículo 355 de la Constitución política según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Cuando en la fase de planeación se determine que el programa a adelantarse es ofertado por más de una ESAL, las entidades estatales deberán adelantar procedimientos de contratación en los que se garanticen las tres fases definidas en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, así como los componentes de las mismas¹².

Por su parte, los convenios de asociación «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»¹³. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en

¹² Estas fases son: (i) *convocatoria*, que corresponde a la «definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas»; (ii) *plazo*, es decir, la «definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad», y (iii) *evaluación*, que implica la «evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto».

¹³ Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512.





una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio¹⁴. Para estos efectos, la entidad goza de discrecionalidad administrativa para diseñar el procedimiento que garantice la selección objetiva de la ESAL, sin que sea obligatorio adelantar un proceso en el marco de la Ley 80 de 1993. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas.

En este contexto, es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por consiguiente, debido a que la interpretación del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 debe ceñirse a su tenor literal y gramatical, no es posible incluir dentro de su ámbito de aplicación los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, teniendo en cuenta que estos no se encuentran referenciados en la norma y son esencialmente distintos a los procesos de selección establecidos en dicha disposición.

Finalmente, en armonía con los argumentos expuestos, se considera que la finalidad del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, al establecer que los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, además de aplicar «en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos», también proceden en «los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa», consistió en extender dicha regulación a las entidades estatales que por disposición especial no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, a las entidades exceptuadas o de régimen especial. Sin embargo, su pretensión no consistió en extenderlo a los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017, máxime si se tiene en cuenta que el competente para regular los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución es el Gobierno Nacional, quien en efecto realizó dicha regulación mediante el decreto autónomo 092, de ahí que la pretensión del legislador no fuera

¹⁴ Decreto 092 de 2017: «Artículo 5. *Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

»Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

»[...]».





extenderlos a un régimen contractual que corresponde desarrollarlo directamente a otra autoridad.

Por otro lado, en la consulta se indaga sobre la aplicación artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 en la modalidad de licitación pública cuando esta se desarrolle a través de la presentación de oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. Al respecto, vale anotar que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015, al igual que el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 se refiere a la modalidad de licitación pública de manera general, sin realizar distinción alguna sobre la forma en la cual esta se realice, por lo que es posible colegir que aplica en los procesos de licitación pública independientemente del mecanismo empleado. En efecto, el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 indica que «cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento». En concordancia, el artículo 2.1.2.1.1.1. del Decreto 1082 de 2015 consagra la presentación de oferta para su conformación de manera dinámica mediante subasta inversa, para lo cual la entidad debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja. En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva. Cuando se adelante este mecanismo el precio no podrá ser la única variable sometida a conformación dinámica.

De este modo, en el caso de la licitación pública la posibilidad de acudir a la subasta inversa no está ligada o limitada a un tipo específico de bienes o servicios. Mas bien, su utilización deriva de la voluntad discrecional de la entidad estatal contratante, la cual deberá determinar en los pliegos de condiciones si la oferta será conformada de manera dinámica mediante subasta inversa. Así, aun cuando la entidad en el marco de una licitación utilice el mecanismo para la selección de la oferta más favorable mediante subasta inversa, acudiendo a la conformación dinámica de las ofertas, este se realiza en el marco de un proceso de licitación pública, sin que pierda dicha naturaleza, lo que significa que la modalidad de contratación no es distinta ni se trata de una causal de contratación diferente, sino que obedece a un mecanismo para seleccionar la oferta dentro de un proceso de licitación.

Por ello, es viable colegir que la aplicación de los criterios diferenciales de emprendimiento y empresas de mujeres establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 es obligatoria en los procesos de licitación pública, inclusive cuando se aplique la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa de





que trata el artículo 2.2.1.2.1.1.1. del Decreto 1082 de 2015. Cuando se emplee este mecanismo la entidad también deberá otorgar el puntaje adicional al que se refiere el inciso tercero del artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015, pues la excepción a su aplicación únicamente procede respecto de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, situación que no se presenta con este mecanismo, en la medida se deben establecer variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja. Además, la conformación dinámica de la oferta podrá ser parcial, es decir, hay variables que no son objeto de puja, en las que podría incluirse el puntaje de emprendimientos y empresas de mujeres.

Así las cosas, el ámbito de aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 únicamente cubre a los procesos de contratación de licitación pública, concurso de méritos y en los que resulte aplicable el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, así como a los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que descarta su aplicación en los procesos de contratación que se adelanten mediante selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos de que trata el Decreto 092 de 2017.

Por último, es importante mencionar que debido a que el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 extiende su aplicación a los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las entidades que por disposición legal cuenten con un régimen de contratación especial deberán cumplir el mandato establecido en el artículo en las condiciones señaladas. En efecto, si bien las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 tienen discrecionalidad en la estructuración de sus reglamentos internos, es preciso que todos los aspectos contenidos en estos guarden armonía con las leyes que le resulten aplicables. Por consiguiente, los manuales de contratación de esas entidades, como instrumentos reguladores de su actividad contractual, deberán contemplar procedimientos, requisitos, etapas, términos, entre otros aspectos, que sean concordantes con las normas aplicables en materia de contratación pública.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública –en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos– determinar la forma de adelantar un procedimiento de selección en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.





2.3 Criterios diferenciales en favor de las Mipyme y limitación de convocatoria a Mipyme

El artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introduce criterios diferenciales para el acceso de las Mipymes al sistema de compras y contratación pública. Para estos efectos, el inciso primero dispone que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas». No obstante, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con «requisitos diferenciales» y «puntajes adicionales»] que podrán implementar las Entidades Estatales» (Corchetes fuera de texto) y que «Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados». Es decir, esta norma también dispone el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

El segundo inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, dispone que el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables». En desarrollo de este enunciado normativo, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó al Decreto 1082 de 2015 el artículo 2.2.1.2.4.2.18, que indica:

Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.
2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.
3. Índices de capacidad financiera.





4. Índices de capacidad organizacional.

5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme. En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de este artículo, los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

PARÁGRAFO 2. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

PARÁGRAFO 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto."

Según se evidencia, la norma contempla un mandato dirigido a las entidades indistintamente de su régimen de contratación, a los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y a los particulares que ejecuten recursos públicos, lo que significa que la aplicación de criterios diferenciales habilitantes para Mipyme domiciliadas en Colombia será obligatorio en los procesos de selección competitivos que estas adelanten, independientemente de la modalidad de contratación empleada.

Sin embargo, la definición de los criterios diferenciales en favor de las Mipymes no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector, análisis que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, deberá «identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su





participación en el Proceso de Contratación». Ello es así pues el incentivo únicamente está dirigido a las empresas que tengan la calidad de Mipyme de acuerdo con los criterios de clasificación empresarial definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015.

Sobre el punto conviene recordar que, en los términos del artículo 2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015, para la contratación de los bienes y servicios que requieran, las entidades públicas deben realizar el análisis del sector económico al que pertenecen tales bienes y servicios, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo y que deben dejar constancia de dicho análisis en los documentos del proceso, lo que significa que la información obtenida al estudiar el sector respectivo forma parte de aquella que debe ser objeto de publicidad en el SECOP, como lo exige el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del mismo Decreto

De esta manera, la información del análisis del sector se constituye en el insumo objetivo con base en el cual se deberá dar cumplimiento al deber consagrado en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 del 2015, en cuanto a la fijación de criterios diferenciales en favor de este tipo de empresas; por consiguiente, para fijar criterios diferenciales las entidades públicas no podrán abstraerse de los datos obtenidos en su análisis del sector, que se hacen constar por escrito y debe ser objeto de publicidad. Además, su definición se realizará respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones

En cuanto al otorgamiento de *puntajes adicionales* en favor de las Mipymes el inciso cuarto del 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 del 2015 exceptúa a los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y mínima cuantía. En consecuencia, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme en los procesos competitivos de selección distintos de los de subasta inversa y mínima cuantía. En todo caso, estos puntajes no podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, señala expresamente que los criterios diferenciales para Mipyme no rigen en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015¹⁵. De esta manera, este incentivo es incompatible con las convocatorias limitadas a Mipyme en la medida en que en estos procesos todos los participantes deben tener la calidad de Mipyme, lo que conllevaría a la ineficacia de este

15 «PARÁGRAFO 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto».





incentivo que precisamente está dirigido a establecer condiciones más beneficiosas para este tipo de proponentes.

En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 del 2015¹⁶ consagra el deber de las entidades contratantes de limitar las convocatorias a Mipymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia, en función de dos condiciones: i). El valor del proceso de selección, que debe ser inferior a US\$125.000 –dólares–, liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Y ii) La solicitud de limitar el proceso a Mipymes colombianas, debe ser presentada al menos por dos de estas, a más tardar un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del respectivo proceso de selección.

De esta manera, en todos los procesos de contratación, independientemente de la modalidad de selección, las entidades estatales, cualquiera que sea su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deberán limitar las convocatorias con pluralidad de oferentes a Mipymes colombianas, una vez concurren los requisitos señalados anteriormente y siempre que las Mipymes que presenten las solicitudes de limitación cuenten con mínimo un (1) año de existencia¹⁷.

El cumplimiento de la segunda condición descrita en los párrafos precedentes lleva implícita la obligación de los solicitantes de acreditar la condición de Mipyme, de la que se deriva el deber correlativo de las entidades contratantes de verificar dicha acreditación. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015 dispone que, tratándose de persona natural se debe acreditar el tamaño empresarial mediante

¹⁶ «Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a Mipyme. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurren los siguientes requisitos:

»1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

»2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

»PARÁGRAFO. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo».

»El texto citado con anterioridad incluye las modificaciones introducidas por el artículo 5 del Decreto 1861 del 2021».

¹⁷ Conviene precisar que tratándose de procesos de mínima cuantía, los cuales son susceptibles de limitarse a Mipymes, resulta importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015.





certificación expedida por el solicitante y por un contador público, adjuntando copia del registro mercantil. En este caso, la intervención del contador es necesaria con el fin de que actúe en calidad de fedatario. En relación con la persona jurídica, se requiere que la Mipyme colombiana acredite el tamaño empresarial mediante certificación expedida por el representante legal y el contador o revisor fiscal, si está obligada a tenerlo, adjuntando copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad competente para expedir dicha certificación.

Alternativamente al registro mercantil o al certificado de existencia y representación legal, la condición de Mipyme podrá acreditarse con el certificado del Registro Único de Proponentes –RUP–, el cual deberá encontrarse vigente y en firme al momento de su presentación. Su fecha de expedición no debe superar los 60 días anteriores a la fecha fijada en el cronograma para el inicio del plazo para solicitar la limitación a la convocatoria.

Así las cosas, para limitar las convocatorias a Mipyme las entidades deberán validar que se hayan cumplido todos los requisitos referidos, de tal manera que solo podrán participar en dicho proceso aquellas personas naturales o jurídicas que hayan demostrado la condición de Mipyme en los términos antes expuestos. En este sentido, en los procesos en los que se haya limitado la convocatoria a Mipyme no resultaría razonable aplicar un criterio diferencial en el que todos los participantes deben tener la misma condición pues ya no sería diferencial, motivo por el cual, como se señaló anteriormente, el párrafo 3 del artículo del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 establece dicha incompatibilidad.

No obstante, los criterios diferenciales a favor de emprendimientos y empresas de mujeres regulados en el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 sí son compatibles con las convocatorias limitadas a Mipyme conforme lo señala el párrafo 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015. Según esta disposición «Los incentivos previstos en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas». Lo anterior, teniendo en cuenta que la condición de Mipyme no es excluyente con la calidad de emprendimiento y empresa de mujer establecida en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015. Por ello, este criterio podrá aplicarse en las convocatorias limitadas a Mipyme, pues no hay una disposición que los excluya. Además, es acumulativo con el criterio diferencial a favor de Mipyme, lo que significa que en un proceso de contratación no limitado a Mipyme podrán establecerse criterios diferenciales a favor de Mipyme y de emprendimiento y empresas de mujeres.

Para tales efectos, es importante tener en cuenta el ámbito de aplicación del artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 expuesto en el numeral 2.1 de este concepto, en el





cual se indicó que los criterios diferenciales a favor de emprendimientos y empresas de mujeres se aplicarán en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. Por consiguiente en los procedimientos de selección que se limiten a Mipyme, que se adelanten mediante licitación pública, selección abreviada de menor cuantía o concurso de méritos, se aplicarán los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres, pero no podrán aplicarse los criterios diferenciales para Mipyme.

3. Respuesta

«1. El decreto 1860 de 2021 en su artículo ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.15. dispone que los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas y señala que aplican para licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con lo anterior se debe inferir que para las modalidades como subasta (menor cuantía o licitación) no aplica este criterio diferenciador? así como tampoco para las mínimas cuantías?? es decir que las entidades con régimen especial que adelanta solicitud privadas de ofertas por ejemplo no aplica el criterio diferenciador? solo aplican para las solicitudes públicas de oferta?? este criterio aplica para los procesos competitivos tramitados por decreto 092??».

Según se explicó en las consideraciones de este concepto, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– definen el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo expresamente que estos se aplicarán en «los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». En tal sentido, los procedimientos de selección que no se encuentren relacionados en ese listado están excluidos, lo que descarta su aplicación en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

En relación con la modalidad de licitación pública, es pertinente indicar que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 se refiere a este proceso de selección de manera general, sin realizar distinción alguna sobre la forma en la cual esta se realice, por lo que es posible colegir que aplica en los procesos de licitación pública





independientemente si este se realiza mediante el mecanismo de subasta inversa. En este caso la posibilidad de acudir a la subasta inversa no está ligada o limitada a un tipo específico de bienes o servicios. Mas bien, su utilización deriva de la voluntad discrecional de la entidad estatal contratante, la cual deberá determinar en los documentos previos si la oferta puede ser presentada, total o parcialmente, de manera dinámica mediante subasta inversa. Así, aun cuando el mecanismo empleado para la selección de la oferta más favorable sea mediante subasta inversa, este se realiza en el marco de un proceso de licitación pública sin que pierda dicha naturaleza, lo que significa que la modalidad de contratación no es distinta ni se trata de una causal de contratación diferente, sino que obedece a un mecanismo para seleccionar la oferta dentro de un proceso de licitación.

Por último, debido a que el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 extiende su aplicación a los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las entidades que por disposición legal cuenten con un régimen de contratación especial deberán cumplir el mandato establecido en el artículo en las condiciones señaladas. En efecto, si bien las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 tienen discrecionalidad en la estructuración de sus reglamentos internos, es preciso que todos los aspectos contenidos en estos guarden armonía con las leyes que le resulten aplicables. Por consiguiente, los manuales de contratación de esas entidades, como instrumentos reguladores de su actividad contractual, deberán contemplar procedimientos, requisitos, etapas, términos, entre otros aspectos, que sean concordantes con las normas aplicables en materia de contratación pública.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública –en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos– determinar la forma de adelantar un procedimiento de selección en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

«2. En cuanto a la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del mismo decreto frente a los Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas este si se aplica a todas las modalidades de selección, es decir subasta y mínima toda vez que este no detalla como lo hace el artículo anterior a que procesos aplica?? Cuando el proceso se limita a Mipyme se aplican los criterios diferenciadores de mujeres y los de mipymes o solo el de mujeres?».





De conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, según el análisis del sector, las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Por consiguiente, la aplicación de criterios diferenciales habilitantes para Mipyme se efectuará en los procesos de selección competitivos que estas entidades adelanten, independientemente de la modalidad de contratación empleada.

Por su parte, el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, señala expresamente que los criterios diferenciales para Mipyme no rigen en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, este incentivo es incompatible con las convocatorias limitadas a Mipyme, en la medida en que en estos procesos todos los participantes deben tener la calidad de Mipyme, lo que conllevaría a la ineficacia de este incentivo que precisamente está dirigido a establecer condiciones más beneficiosas para este tipo de proponentes.

No obstante, los criterios diferenciales a favor de emprendimientos y empresas de mujeres regulados en el artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 sí son compatibles con las convocatorias limitadas a Mipyme conforme lo señala el parágrafo 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015. Según esta disposición «Los incentivos previstos en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas». Lo anterior, teniendo en cuenta que la condición de Mipyme no es excluyente con la calidad de emprendimiento y empresa de mujer establecida en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015. Por ello, este criterio podrá aplicarse en las convocatorias limitadas a Mipyme, pues no hay una disposición que los excluya. Además, es acumulativo con el criterio diferencial a favor de Mipyme, lo que significa que en un proceso de contratación no limitado a Mipyme podrán establecerse criterios diferenciales a favor de Mipyme y de emprendimiento y empresas de mujeres.

Para tales efectos, es importante tener en cuenta el ámbito de aplicación del artículo 2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 expuesto en el numeral 2.1 de este concepto, en el cual se indicó que los criterios diferenciales a favor de emprendimientos y empresas de mujeres se aplicarán en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. Por consiguiente en los procedimientos de selección que se limiten a Mipyme, que se adelanten mediante licitación pública, selección abreviada





de menor cuantía o concurso de méritos, se aplicarán los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres, pero no podrán aplicarse los criterios diferenciales para Mipyme.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

Elaboró: Tatiana Baquero Iguarán
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

