



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 12 Mayo 2022

Doctora
Zulma Rojas Suárez
Directora Distrital de Política Jurídica
Secretaría Jurídica Distrital
Bogotá, D.C.



Concepto C – 281 de 2022

Temas:

LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / MÍNIMA CUANTÍA – Contenido – Eficacia directa – Decreto 1860 de 2021 / MÍNIMA CUANTÍA – Subsanabilidad – Término – Decreto 1860 de 2021 / MÍNIMA CUANTÍA – Grandes almacenes – Limitación a mipymes – Solicitud – Decreto 1860 de 2021 / MIPYMES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Contenido – Distinciones / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Suficiencia – Garantía de seriedad – Acuerdos marcos de precios – Mipymes – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Forma de acreditación / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Mujer – persona natural – Igualdad – Forma de acreditación / CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Análisis del sector / CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Acuerdos comerciales – Aplicación prevalente / CONVOCATORIAS LIMITADAS – Mipymes – Posibilidad – Vigencia – Decreto 1860 de 2021 / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación pública – Pobreza extrema – Desplazamiento forzado – Proceso de reintegración – Proceso de reincorporación – especial protección constitucional / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Porcentaje – Bienes o servicios requeridos / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Acreditación – Sujetos – Especial protección constitucional – Circunstancias / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Forma de vinculación – Sujetos – Especial protección constitucional – Modalidades contractuales / FACTORES DE DESEMPATE – Vigencia – Eficacia directa –



Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 / FACTORES DE DESEMPATE – Carácter sucesivo – Carácter excluyente – Interpretación / FACTORES DE DESEMPATE – Reservas de información – Prohibición de publicación – SECOP / FACTORES DE DESEMPATE – Datos sensibles – Manejo – Entidad estatal – Autorización del titular / SUBSANABILIDAD – Documentos – Factores de desempate– Prohibición

Radicación: Respuesta a consulta # P20220324002962

Estimada Doctora Rojas:

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 24 de marzo del 2022.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con la reglamentación de los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, por el Decreto 1860 de 2021:

«[...] la Secretaría Jurídica Distrital, en el marco de sus funciones, recopila las inquietudes que se han presentado en las diferentes entidades del distrito para la correcta implementación del Decreto en los diferentes procesos de selección, con el fin de ser analizadas y resueltas en conjunto con la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente así:

»«ARTÍCULO 2. Modificación de la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Modifíquese la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual quedará de la siguiente manera:

»ARTÍCULO 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

»(...) 5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación. (...)»

»Al respecto se consulta:



»1. Teniendo en cuenta un criterio jurídico diferencial entre la verificación y la evaluación de las ofertas, ¿la Entidad podría emitir un documento de requerimientos de subsanación para todos los proponentes previo al informe de evaluación?

»Lo anterior con la intención de evitar la emisión indefinida de adendas para que cada oferente pueda subsanar en un término perentorio de manera individual y previo a la evaluación, lo que desnaturalizaría la finalidad de la mínima cuantía. »[...].

»«ARTÍCULO 2.2.1.2.1.5.3. Adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. Las Entidades Estatales deben aplicar las siguientes reglas cuando decidan adquirir bienes hasta por el monto de su mínima cuantía en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio:»

»Al respecto se consulta:

»1. La entidad cómo decide si hacer adquisición en "Grandes Almacenes" o convoca Mipymes, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las cifras reportadas en el SECOP II, desde el año 2017 hasta el 2021, se demuestra que únicamente el 16,64% –67,95 mil– de la totalidad de proveedores corresponden a Mipymes, mientras que el 83,36% –340,35– no lo son. Además, del análisis realizado a la participación que éstas han tenido en las distintas modalidades de selección, se demuestra que en la modalidad de mínima cuantía es en la que menos participan.

»«ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.17. Factores de desempate y acreditación. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, en los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso las obligaciones contenidas en los Acuerdos Comerciales vigentes, especialmente en materia de trato nacional.

»(...) PARÁGRAFO 3. Conforme con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, la Entidad Estatal garantizará el derecho a la reserva legal de toda aquella información que acredita el cumplimiento de los factores de desempate de: i) las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, ii) las personas en proceso de reincorporación y/o



reintegración y iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana.

»En armonía con lo anterior, en la plataforma del SECOP no se publicará para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas.”

»Al respecto se consulta:

»1. ¿En caso de presentarse observaciones en el proceso de selección por la aplicación del criterio de desempate que documento deberá publicar la Entidad para demostrar que efectivamente el oferente dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley para obtener esta acreditación? ¿Sí los oferentes solicitan la publicación de esta información, como deberá proceder la Entidad para emitir la respectiva respuesta? ¿Se establece alguna excepción para la publicación de esta información en SECOP II, si existe autorización de la persona para publicarla?

»2. En los últimos incisos de los numerales 5° y 6° requiere que se solicite autorización expresa de esas personas para el tratamiento de la información, lo cual, según el literal g) del artículo tercero de la Ley 1581 de 2012, incluye la circulación de la información. En ese sentido no es claro si a pesar de contar con la autorización de tratamiento no se deben publicar dichos documentos, surgiendo la interrogante de ¿cuál es la finalidad de solicitar autorización de tratamiento de datos? Dado que el decreto exige la garantía de la reserva legal de dicha información.

»Lo anterior es importante para determinar ¿qué documentos son públicos y cuáles no al momento de dar publicidad a las propuestas?

»3. Frente al criterio de desempate relativo a personas naturales en proceso de reintegración o reincorporación, la norma indica: "(...) criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como son las personas en proceso de reincorporación o reintegración, autoricen a la entidad de manera previa y expresa el manejo de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 como requisito para el otorgamiento de este criterio de desempate"

»¿Como se va a garantizar el anonimato de estas personas, teniendo en cuenta que a pesar de que el titular otorgue a la entidad autorización para el tratamiento de datos, hacer el mismo público puede significar riesgos para su integridad o intimidad? ¿SECOP II permitirá tratar esa información como confidencial?

»“ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2. 18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082



de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»(...) ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16. Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos fomentarán en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

»La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones.

»Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado.

»Previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

»El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente. (...)"

»Al respecto se consulta:

»1. ¿Qué documento público y que Entidad de orden Nacional y/o Distrital emitirá la acreditación de los sujetos de especial protección constitucional? ¿Qué documentos adicionales se deberán presentar para acreditar la condición especial? ¿La documentación para acreditar la condición especial de protección constitucional podrá ser publicada en SECOP para co (sic)
2. nacimiento de terceros o afectaría el derecho a la intimidad de los sujetos? (sic)

»3. ¿Qué fuentes de información pueden consultar las entidades para identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores



de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional?

»4. ¿Para determinar el 5% o 10% de provisión de bienes y servicios, se toma el valor presupuestal o la cantidad de los mismos?

»5. ¿La palabra “vinculación” del inciso quinto, hace referencia a un contrato de prestación de servicios o laboral?

»6. ¿Si el contratista adquiere bienes (Contrato de compraventas o suministros) con una persona jurídica que comercia bienes de la población beneficiaria, se entiende que dichos grupos poblacionales están “Vinculados a la ejecución del contrato”?

»“ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»(...) ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.18. 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."

»Bajo este artículo se consulta:

»1. Deben seguirse aplicando los demás requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 "Convocatorias limitadas a Mipyme" del Decreto 1082 de 2015, en lo que refiere al plazo de existencia de la Mipyme, el monto de la cuantía del proceso que es susceptible de limitar a Mipyme, el origen nacional de la Mipyme y el plazo para recibir las manifestaciones para limitar el proceso o, nos abstenemos de aplicarlos hasta tanto no sea expedida una nueva reglamentación en la materia que fije los montos y las demás condiciones para limitar convocatorias públicas a la participación de Mipymes?

»2. De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, este aplicará para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022. ¿Las entidades estatales, no podemos adoptar convocatorias limitadas a Mipymes?

»3. Teniendo en cuenta que en los demás procesos de contratación la manifestación de limitar a Mypimes se encuentra entre la fase intermedia de prepliegos y los pliegos definitivos, la solicitud de limitar a Mypimes para la mínima cuantía debe hacerse antes de la publicación de la invitación pública o por adenda, ¿en este sentido se utilizaría para la mínima también el aviso? Y la plataforma en mínima no tiene esa posibilidad de limitación a Mypimes.

»“(…) 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 (...)"

»Al respecto se consulta:

»1. En el Estudio del sector de cada proceso, el análisis de la oferta (que es el estudio de ¿Quién vende? o quien presta el servicio que la entidad requiere?) se debe discriminar dentro del listado de posibles empresas proveedoras en el mercado, cuales pertenecen a mujeres? cuales en su composición accionaria cuentan con más del 50% de acciones en cabeza de mujeres? en cuales por lo menos el personal directivo el 50% son mujeres? Lo anterior teniendo en cuenta que la determinación de los requisitos diferenciales y puntajes adicionales son el resultado del análisis de la oferta del análisis del sector.

»De ser afirmativa la anterior pregunta, las entidades ¿dónde podríamos obtener esta información tan detallada? ¿Existen bases de datos con esta información? ¿Existen estadísticas al respecto?

»2. ¿Qué garantiza que a través de la ejecución del contrato se mantengan los porcentajes de participación de las mujeres para el emprendimiento y empresas de mujeres, una vez este sea celebrado?

»3. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, ¿basta con la certificación emitida bajo gravedad de juramento, sin que se deba demostrar la participación de estas, según el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural?

»4. Respecto del criterio de desempate “2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia” ¿Quién será el adjudicatario si dos o más empresas logran acreditar este requisito? ¿se elegirá a la empresa que más mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar logre acreditar frente a las demás?

»5. ¿Cuáles son las fuentes de consulta que se recomiendan para poder sustentar los criterios diferenciales que propone la norma?

»6. ¿Cuál sería la justificación para poder aplicar el criterio diferencial referente al valor de la garantía de seriedad de la oferta en un proceso de selección?

»7. ¿Cómo medir el riesgo de siniestralidad en las garantías de seriedad de la oferta entre empresas de emprendimiento de mujeres y Mipymes frente a las otras empresas que no ostentan este criterio?

»8. De conformidad con lo descrito en el artículo 2.2.1.2.4.2.15., el cual expresa: “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.” ¿Si tengo un Acuerdo comercial vigente, no puedo aplicar los criterios diferenciales? Sin perjuicio de los “Acuerdos comerciales” ¿incluye el caso de proveedores provenientes de estados con los cuales son existe un acuerdo comercial, pero el Estado a certificado reciprocidad?



»9. Teniendo en cuenta, el “ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. 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. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil”. En caso de desempate y aplicando los criterios de desempate, ¿no tendría una desventaja sustancial?

»“ARTÍCULO 4. Adición de un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónese un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9 de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual quedará así: "PARÁGRAFO. Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio.”

»Al respecto se consulta:

»1. De conformidad con los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y para MIPYMES, se establece la posibilidad de incorporar requisitos habilitantes diferenciales, entre ellos, en el aspecto del valor de la garantía de seriedad de la oferta. Por ende, conforme lo dispuesto en el Artículo 2.2.1.2.3.1.9., del Decreto 1082 de 2015 a efectos prácticos. ¿cómo sería posible establecer este diferencial de acuerdo con los valores y porcentajes para la suficiencia de esta garantía?

»2. Respecto de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082, modificado, específicamente el tema del numeral 5 (Valor de la garantía de seriedad de la oferta), dicha modificación quiere decir que, en adelante, se deberá solicitar el piso establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la misma norma, que como mínimo exige una suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta en 10% del presupuesto oficial, para las empresas y emprendimientos de mujeres, y un incremento en dicho porcentaje para los demás. Lo anterior, porque se acostumbra a exigir el 10% del valor del presupuesto oficial como garantía de seriedad de la oferta, y esto eleva los costos de presentación de propuesta de los oferentes.

»FRENTE A LOS CRITERIOS DE DESEMPATE

»1. Si en el término de verificación la Entidad encuentra un documento que debe ser subsanado, pero este también sirve para el criterio de puntuación y desempate en el proceso de selección, ¿puedo solicitar que se subsané? Por favor explicar la respuesta desde el componente jurídico entendiendo que los documentos objeto de puntuación no deben ser subsanados.

»2. ¿Los documentos que son objeto de verificación para el desempate y que no fueron solicitados en el plazo de subsanación, pueden solicitarse después de la publicación del informe de evaluación?



»3. Si bien el decreto propone que los criterios diferenciales, en materia de emprendimientos y empresas de mujeres Mipymes, se establezcan desde el estudio del sector, consideramos que dichos criterios deben ser resultado de que el proceso efectivamente quede limitado a Mipymes por cuanto desde el análisis del sector no se puede establecer si las empresas son con participación de más del 50% de mujeres o sus cargos directivos son de mujeres, igual sucede con las Mipymes y el amplio espectro empresarial sin identificar su tamaño».

2. Consideraciones

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.

En relación con el artículo 30 de la referida Ley, la Agencia expidió los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 del 19 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-195 del 4 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 del 13 de octubre de 2021, C-542 del 20 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-001 del 17 de febrero de 2022 y C-031 del 1 de marzo de 2022.

Por su parte, 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 lo que respecta al 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 y C-031 del 1 de marzo de 2022.

En lo concerniente al artículo 34 de la Ley *ut supra*, la Agencia profirió los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07/04/2021, C-125 del 5/04/2021, C-141 del 08/04/2021, C-114 del 13/07/2021, C-151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de

mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-234 del 26 de mayo de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-455 del 31 de agosto de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021 y C-573 13 de octubre de 2021.

Finalmente, frente al artículo 35 de la mencionada Ley, la Agencia expidió los conceptos C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-117 del 26 de marzo de 2021, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-235 del 27 de mayo de 2021, C-272 del 09 de junio de 2021, C-265 del 1 de junio de 2021, C-277 del 21 de junio de 2021, C-291 del 18 de junio de 2021, C-320 del 01 de julio de 2021, C-444 del 23 de julio de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-584 del 13/12/2021.

Las ideas expuestas en los conceptos¹ mencionados se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1. Impacto de la Ley 2069 de 2020 en la contratación estatal

El 31 de diciembre de 2020, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. Dicha Ley busca 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

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

². De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019³.

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 iniciativas⁴.

Para efectos de la consulta, los artículos 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Ley 2069 de 2020 crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, «[...] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, define la posibilidad de establecer criterios diferenciales a favor de las Mipymes en los procesos de contratación pública, amplía el ámbito de aplicación de las medidas de compras públicas a entidades que hoy están excluidas, establece la creación de un sistema de información e indicadores para evaluar la efectividad de las medidas adoptadas y define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento»⁵.

2.2. Intervención necesaria del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas

Entre otros aspectos, los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020 disponen que el gobierno nacional reglamentará i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación. En este contexto, es necesario analizar si las entidades pueden aplicar directamente las normas citadas o, por el contrario, si su efectividad había quedado condicionada a la expedición del reglamento correspondiente.

² Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, «La presente Ley 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.»

³ Dicho marco delineará un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región».

⁴ 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 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).

⁵ 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.

⁶ *Ibidem*, p. 18.



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 13 de

1

La respuesta a la inquietud planteada en el párrafo precedente es de enorme importancia por los efectos prácticos de ambas posiciones. Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe sostener que la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite.

De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, la jurisprudencia explica que la competencia reglamentaria prevista en el artículo 189.11 superior también corresponde a un poder discrecional⁶. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Este es el caso de lo previsto en los artículos 30, 33 y 35 de la Ley de Emprendimiento. En relación con las mipymes y mínima cuantía, dado que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula aspectos como i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros, los cuales tienen una aplicación inmediata sin que el reglamento condicione la vigencia de la mínima cuantía. Esto sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, conforme a lo dispuesto en el parágrafo 1 *ibidem*, ejerza la potestad reglamentaria para regular tanto las particularidades del procedimiento de selección como la posibilidad de realizar estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», aspectos en la que la norma excluye la regulación autónoma de la materia por parte de las entidades contratantes. Se aclara que esta reglamentación se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, cuyas modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022.

En lo que se refiere a la promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, la legislación consagra una serie de deberes que deben cumplir los destinatarios en su gestión contractual. Aunque el alcance de estas obligaciones puede delimitarse por otras leyes o reglamentos, lo importante es que el artículo 33 consagra elementos mínimos que las entidades deben acatar so pena de una causal de mala conducta. Por tanto, conforme al marco normativo que regule el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para el acatamiento de esta disposición.

⁶ El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

Igualmente, respecto a los factores de desempate, se encuentra que los mismos se elevaron a rango de ley, por lo que ni el reglamento ni el pliego de condiciones pueden modificarlos, adicionarlos o suprimirlos. En este sentido, las causales del artículo 35 son obligatorias en los procedimientos de selección de las entidades sometidas al Estatuto General, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos. De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 3 para los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no requiere de una reglamentación previa para su exigibilidad.

Sin perjuicio de los anterior, es necesario considerar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere cada causal. Por lo tanto, conforme a lo explicado por esta Agencia en los Conceptos C-012, C-015 y C-016 del 4 de febrero de 2021, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla en la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Estos aspectos se encuentran regulados actualmente en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021.

Ahora bien, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la *tesis de la reglamentación*. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Este es el caso de los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley de Emprendimiento.

En efecto, estas disposiciones contienen un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional⁷. Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce «[...] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos

⁷ No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[...] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo» (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto).



El futuro es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 15 de

1

La referencia hecha en una ley a que el Gobierno Nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

Para la Subdirección de Gestión Contractual, las consideraciones de los párrafos precedentes también son aplicables al tema objeto de consulta, ya que el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020. Por ello, en ausencia de desarrollo normativo posterior, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1860 de 2021, existía una *laguna técnica* que impedía aplicar estas disposiciones.

En este caso, la necesidad de la reglamentación previa también deriva de los antecedentes legislativos. En lo pertinente, el texto inicial de los artículos 15 y 17 del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 disponía que la necesidad del reglamento en lo relacionado con i) los criterios diferenciales para mipymes y ii) las convocatorias limitadas a mipymes, así como el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección¹².

Como puede verificarse en las Gacetas del Congreso No. 1334 del 18 de noviembre de 2020 y 1389 de 14 de diciembre de 2020, además de que –para el segundo debate– el artículo 24 dispuso que la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres» correspondería al reglamento, el artículo 36 del texto conciliado incluye lo propio para las compras públicas de tecnología e innovación. Incluso, tratándose de los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020 la remisión al reglamento es razonable y está justificada, pues si eventualmente la concreción de estos aspectos se dejara a la discrecionalidad de las entidades contratantes, generaría un clima de inseguridad e incertidumbre para los interesados en acceder al sistema de compras públicas. Desde esta perspectiva, la exigencia de la reglamentación tiene pretensiones unificadoras.

Por tanto, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando «[...] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria [...]»¹³. En este tipo de situaciones, «[...] las autoridades no tienen -ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación»¹⁴.

¹² 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. pp. 3-4.

¹³ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203.

¹⁴ *Ibidem*.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que, en los artículos 31, 32, 34 y 36, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para los temas regulados en estas normas. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento en relación con i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

Actualmente, como se explicó, dicha reglamentación se efectuó, en lo que tiene relación con los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, mediante el reciente Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, cuyas disposiciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022. En consecuencia, ya se encuentran vigentes.

A continuación, se analizarán algunos temas regulados en la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el Decreto 1860, sobre los cuales versan las preguntas formuladas en la consulta. En cada acápite la Agencia reiterará lo que ha señalado en relación con los enunciados normativos de la Ley en mención, desde el año 2020, introduciendo, además, algunos comentarios sobre la interpretación de las nuevas disposiciones contenidas en el Decreto 1860 de 2021, a partir de las inquietudes expresadas en la petición.

2.3. Eficacia directa del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020: regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015, incluso antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021

Con la finalidad de explicar el régimen jurídico vigente aplicable a la modalidad de mínima cuantía, en este numeral se hará referencia a las normas del Decreto 1082 de 2015 que la regulan, antes de la reciente expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». De esta manera, se reitera la advertencia en el sentido de que las referencias que se harán al Decreto 1082 de 2015 se entenderán antes de las modificaciones realizadas por el Decreto 1860.

Este esquema de análisis resulta procedente, toda vez, que de acuerdo con el Decreto 1860 de 2021, las disposiciones contenidas en dicho reglamento aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento

equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. En tal sentido, tratándose de los procesos de mínima cuantía, dichas modificaciones tienen efectos en los procesos cuya invitación se haya publicado a partir del 24 de marzo de 2022. Hecha la anterior precisión, a continuación, se explicará cuál es el régimen vigente en la actualidad, reiterando la interpretación realizada por la Agencia en conceptos anteriores¹⁵.

El artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modifica el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. En esta modalidad de selección, la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados «contratos sin formalidades plenas»¹⁶.

En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los aspectos generales del procedimiento contractual¹⁷. No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el párrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a *Mipymes* o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto).

Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a *mipymes* la mínima cuantía, especialmente, cuando el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 disponía que no era aplicable la Ley 816 de 2003, «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», ni el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la promoción del desarrollo en la contratación pública. A partir de la expedición del artículo 30, párrafo 2, de la Ley 2069 de 2020, «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003». Es decir, al no prohibir la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la norma –además de reiterar la importancia de su reglamentación posterior– permite las convocatorias limitadas a *mipymes* en esta modalidad de selección.

¹⁵ En concreto, se hace referencia a los Conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021 y C-673 del 4 de enero de 2022.

¹⁶ Al respecto, la jurisprudencia explica que «[...] los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues [...] el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 [...]. no obstante la denominación que reciben, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

¹⁷ Ambas normas disponen lo siguiente: «5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal».

Como se observa, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», desarrollos que se realizaron mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publicó a partir del 24 de marzo de 2022. No obstante, mientras empezaran a regir las disposiciones del Decreto 1860 de 2021, ¿era necesario el desarrollo normativo para la vigencia de la mínima cuantía? En principio, la respuesta positiva a esta inquietud se fundamentaría en la necesidad de que el reglamento precisara los detalles del procedimiento de selección.

La Subdirección de Gestión Contractual no comparte esta tesis, porque si la ley define los aspectos generales del procedimiento, estos vinculan directamente a las entidades estatales. En efecto, «[...] el propósito del legislador fue delimitar sólo los principios que rigen la contratación pública, con el fin de orientar la gestión contractual. A diferencia de una ley general o de una ley marco, la técnica legislativa de los principios no busca un desarrollo ulterior a través del reglamento, sino unas bases para la actuación inmediata, sin que sea necesaria la intermediación del desarrollo reglamentario [...]»¹⁸.

Por tanto, dado que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula aspectos de la mínima cuantía como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades debían estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros, los cuales tienen una aplicación inmediata sin que el reglamento condicione su vigencia efectiva. En otras palabras, la mínima cuantía es directamente aplicable, sin perjuicio de que a través del ejercicio de la potestad reglamentaria se desarrolle específicamente la «Singularidad, especialidad e individualidad» del trámite, así como la realización de estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», lo cual se realizó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se haya publicado a partir del 24 de marzo de 2022. Teniendo en cuenta lo anterior, bajo el marco jurídico actual es posible afirmar que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó el contenido del numeral 5, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Es importante precisar, por tanto, si con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 están vigentes los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, que regulan el procedimiento de la mínima cuantía en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, mientras entraban a regir las modificaciones realizadas por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021. En otras palabras, ¿la modificación de la Ley de Emprendimiento en la mínima cuantía

¹⁸ BENAVIDES, José Luis. La potestad reglamentaria en la contratación pública. En: Contratos públicos: Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 174.

supuso la desaparición del fundamento jurídico de los artículos originales del decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860–?

En principio, dado que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 fue subrogado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, podría concluirse la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011¹⁹. Esta conclusión podría sustentarse en dos (2) argumentos. *Por un lado*, en que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en el párrafo primero, contiene un nuevo mandato de reglamentación. Esto significa que sería voluntad del legislador ordenarle al gobierno nacional que expidiera una nueva reglamentación en la que –además de regular la adquisición a mipymes– disponga las particularidades del procedimiento contractual. Por ello, ese mandato, que debería cumplirse en el futuro, mal podría entenderse satisfecho con normas reglamentarias del pasado, como son las originales del Decreto 1082 de 2015. *Por otra parte*, los párrafos 2 y 3 del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 fueron modificados por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en lo que respecta a la posibilidad de contratar con mipymes y de aplicar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Tales cambios exigen una reglamentación distinta del mandato legal, aunque esto no obsta para la aplicación inmediata del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, esto es, antes de que empezaran a regir las disposiciones del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

Esta argumentación sería coherente con lo explicado por esta Agencia a partir del Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020, en relación con las convocatorias limitadas a mipymes. Con las precisiones doctrinales posteriores, además de la pérdida de fuerza ejecutoria de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dichos enunciados normativos y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga [...] todas las disposiciones que le sean contrarias». Por ello, puede afirmarse que, además del decaimiento de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 originales del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación del Decreto 1860–, se entendieron derogados, de acuerdo con el artículo 84 ibídem. Al respecto, el concepto anteriormente citado precisa que:

[...] el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos

¹⁹ Esta norma dispone que los actos administrativos no pueden ejecutarse «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

Aplicando analógicamente este razonamiento a la mínima cuantía, debería concluirse que, como los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 reglamentaban el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es necesaria una nueva reglamentación del párrafo primero que defina las particularidades del procedimiento de selección. Esto en la medida que las normas citadas del decreto reglamentario perderían su fundamento jurídico por la sustitución del contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Aunque el argumento es plausible, para la Subdirección de Gestión Contractual las consideraciones relacionadas con la limitación a mipymes no son aplicables a la regulación de la mínima cuantía, ya que tienen un alcance diferente. En efecto, el artículo 34 *ibidem* modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Inicialmente, la redacción de la Ley 1150 fue modificada por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, pero esta última fue derogada con la expedición de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, la norma dispone:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales *indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos*, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés *de por lo menos dos (2) Mipyme*.

Asimismo, 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 todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación²⁰. (Énfasis fuera de texto)

En contraste con la redacción de la Ley 1450 de 2011, la Ley de Emprendimiento amplía la limitación a mipymes, de forma que ya no solo aplica en los procedimientos de

²⁰ En los demás incisos, ambas normas tienen una redacción similar cuando prescriben que: «De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.»
*Párrafo 1º. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.
*Párrafo 2º. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.
*Párrafo 3º. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adición o subroguen.

selección de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, sino que se extiende a la gestión contractual de las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y los particulares que ejecuten recursos públicos. Incluso, la norma congela en el rango de ley el número de interesados que debe solicitar la limitación.

Además de que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento no es una norma de aplicación directa, contempla supuestos que no estaban previstos en el Decreto 1082 de 2015 original –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021–. Particularmente, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, las convocatorias limitadas únicamente eran obligatorias en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, siempre que la entidad contratante recibiera solicitudes de limitación de por lo menos tres (3) mipyme nacionales. Frente a este escenario, surgió la necesidad de expedir una nueva reglamentación para las convocatorias limitadas que desarrollara los nuevos elementos previstos en la ley, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

Por el contrario, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es directamente aplicable, pues –a diferencia de que sucedió en su momento con la selección abreviada– la mínima cuantía no requería desarrollo reglamentario posterior para su vigencia. Aunque el párrafo primero habilita el ejercicio de la potestad dispuesta en el artículo 189.11 superior, el grueso de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015 son compatibles con la norma vigente. Lo anterior considerando que, conforme a los párrafos del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, el cambio realmente consiste en la posibilidad de limitar a mypimes el procedimiento de selección. Esta materia corresponde al desarrollo reglamentario del artículo 34 *ibídem*, ya que –fuera del reducido margen de aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015– las convocatorias limitadas son posibles en «[...] las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos [...]», sin distinguir entre procesos de contratación.

Por tanto, las diferencias entre el alcance de la mínima cuantía y de las convocatorias limitadas, impide aplicar por analogía las consideraciones realizadas por la Agencia a partir del Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020 al artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. En este caso no es posible sostener que la sustitución del contenido del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007 genera el decaimiento de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien existe un cambio formal en el fundamento jurídico, la doctrina considera que el decaimiento se produce –entre otras causas– por la «[...] derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia [...]»²¹.

²¹ Cfr. SANTOFMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 252. Lo anterior, con apoyo de CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 1° de agosto de 1991. Rad. 949. C.P. Miguel González Rodríguez.

El decaimiento afecta los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la subrogación del artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, el cual regulaba las convocatorias limitadas a mipymes. En este caso, desaparece el fundamento jurídico de las normas citadas del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, ya que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento introduce modificaciones sustanciales a la materia como se explicó *ut supra*, por lo que es necesario que un nuevo reglamento defina las reglas de las convocatorias limitadas como una condición para su exigibilidad en los procedimientos contractuales, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se haya publicado a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, esto es, a partir del 24 de marzo de 2022.

Lo mismo no sucede con la regulación de la mínima cuantía en el Decreto 1082 de 2015. Aunque el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento subroga el contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ambas disposiciones son de aplicación directa, sin que se necesitara la expedición de un nuevo reglamento. Adicionalmente, pese a que la Ley de Emprendimiento permite las convocatorias limitadas a las mipymes en la mínima cuantía, el desarrollo reglamentario de este tema hace parte del artículo 34 *ibídem*.

Para permitir la adquisición a mipymes y la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la Ley de Emprendimiento pudo modificar únicamente los párrafos 1 y 2 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. Pese a que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 optó por sustituir integralmente la regulación anterior, se observa que materialmente no existe una derogación de la mínima cuantía ni una modificación sustancial que incida en el procedimiento, por lo que no desaparece el fundamento jurídico de las normas reglamentarias que desarrollaban esta modalidad de selección al momento de expedirse la Ley 2069 de 2020. En esta medida, siguen vigentes gran parte de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015, los cuales aplicarán a los procesos de mínima cuantía que hayan iniciado antes del 24 de marzo de 2022, de acuerdo con las normas de vigencia del Decreto 1860 de 2021.

No obstante, es necesario introducir un matiz en la conclusión precedente, pues los factores de desempate previstos en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 perdieron vigencia con la expedición del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[...] todas las disposiciones que le sean contrarias».

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –en otras palabras, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo expuesto en los dos (2) párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para el procedimiento de mínima cuantía. En efecto, si bien el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación [...], las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a «[...] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales [...]», sin distinguir entre modalidades de selección.

En efecto, una interpretación exegética del párrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento desconocería la aplicación de normas transversales al sistema de compras y contratación pública, tales como la capacidad de los consorcios y las uniones temporales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los requisitos para ejercer las potestades exorbitantes o los principios de la contratación estatal –arts. 6, 8, 14.2 y 23 de la Ley 80 de 1993, respectivamente–. Llevada al extremo, la idea de que el procedimiento de mínima cuantía solo se regula por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y su correspondiente reglamentación genera consecuencias absurdas, pues daría a entender que el reglamento podría modificar aspectos elevados a rango de ley, como lo son los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Además, aunque el artículo 5.1 de la Ley 57 de 1887 consagra la regla *lex specialis derogat legi generali*²², este criterio para la resolución de antinomias carece de aplicación matemática para concluir que los factores de desempate para la mínima cuantía se rigen por las normas especiales previstas en el reglamento. De esta manera, los límites de esta regla hay que verificarlos en cada caso teniendo en cuenta la intención del legislador, por lo cual es posible la existencia de una regla general que no tolere excepciones²³. Al respecto, la doctrina considera que:

²² El artículo 5 de la Ley 57 de 1887 dispone que «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

»Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

»¹ La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

»² Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.»

²³ Cfr. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. p. 134.

[...] la preferencia por la norma especial sobre la norma posterior no puede tener jamás un valor absoluto, porque razones de orden teleológico pueden impeler a dar prioridad a la *lex posterior generalis*. Piénsese en las hipótesis de nueva regulación integral de la materia, por reducida que la materia sea: parece que la vocación de regulación uniforme debe prevalecer sobre las diferencias sectoriales preexistentes. Por ello, incluso quienes defienden la primacía del criterio de la especialidad en caso de conflicto con el criterio cronológico lo hacen con reservas y sin atribuir a esta afirmación un valor absoluto. Ha sido sugerido, en este sentido, que el aforismo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* opera como una mera presunción hermenéutica, que puede ser destruida por una clara *voluntas legis* de sentido contrario²⁴.

Tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, la ley «[...] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, [...] y define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento» (Énfasis fuera de texto)²⁵. En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía desde la expedición de la Ley 2069 de 2020, cuando la regla prevista en el artículo citado aplica en los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. En este sentido, los criterios de desempate aplicables a los procesos de mínima cuantía, desde la expedición de la Ley 2069 de 2020 son los establecidos en el artículo 35 de dicha Ley, entendiéndose derogadas las normas que le sean contrarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía desde la expedición de dicha Ley, por lo que se presentó tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección. De esta manera, a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –que se refieren a criterios de desempate–, los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Sin embargo, el régimen aplicable a la mínima cuantía varió para los procesos cuya invitación se publicó a partir del 24 de marzo de 2022.

En efecto, recientemente se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario

²⁴ DIEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 363. En el mismo sentido, la doctrina explica que «En los casos en que las reglas se superponen parcialmente, *lex posterior* da apoyo, por cierto, la presunción de que la regla más reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior, pero ello no es incondicionalmente así. *Lex posterior* solo se aplica en la medida en que, en términos subjetivos, el legislador "tuvo la intención" de reemplazar la ley anterior [...]» (Cfr. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Quinta edición. Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 127).

²⁵ *Ibidem*, p. 18.

del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 Y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la «invitación» y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a mipymes, de acuerdo con el mandato del párrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020²⁶. iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cree y establezca las reglas para la utilización de Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de «grandes almacenes».

De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección. En este sentido, el reglamento citado, que modifica el Decreto 1082 de 2015, constituye la nueva regulación de la modalidad de mínima cuantía.

Por lo que se refiere a uno de los aspectos de la consulta –en la cual se indaga por algunas cuestiones relativas a la nueva reglamentación de la mínima cuantía–, el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, indica que las entidades estatales «establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos». Las entidades estatales gozan, pues, de discrecionalidad administrativa para establecer el término de subsanación en la invitación, pero una vez lo hagan aquel se convierte en reglado y preclusivo. Si la entidad estatal no define el término, «los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación».

²⁶ PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Ahora bien, el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. no permite que en un solo documento común la entidad estatal solicite la subsanación de los requisitos habilitantes de todos los oferentes sin haber verificado primero el menor precio. Obsérvese que la norma establece que «La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente».

En tal sentido, una vez la entidad estatal constate que un oferente presentó el menor precio de todas las propuestas allegadas, verificará si cumple con los requisitos habilitantes. En caso de no cumplirlos y respetando lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, le solicitará que subsane el defecto correspondiente, en el término preclusivo previsto en la invitación. Si no se señala término alguno, el proponente podrá subsanar «hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación» –el cual es de un (1) día hábil–, y así procederá con los demás, en caso de que este no subsane.

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.1.5.3. establece que corresponde a cada entidad estatal decidir si realizará la adquisición en grandes almacenes. En otras palabras, aquella cuenta con discrecionalidad para adoptar dicha decisión, observando los límites de este tipo de potestades. Así, en los estudios previos la entidad estatal debe analizar el sector económico, con la finalidad de constatar las características técnicas, al igual que los factores comerciales y económicos de los eventuales proveedores. A partir de este análisis de oportunidad y conveniencia, podrá concluir si es mejor, por ejemplo, adelantar el procedimiento de mínima cuantía haciendo la invitación general o solo a los grandes almacenes.

Por otra parte, según lo indica el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.2., en el término que tienen los interesados para formular observaciones a la invitación, «podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas». De acuerdo con el numeral cuarto del referido artículo, la entidad estatal debe señalar en el cronograma «El momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a Mipyme o si podrá participar cualquier otro interesado». En este aviso, además, «[...] se indicará si en el proceso aplican las limitaciones territoriales de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 o si podrá participar cualquier Mipyme nacional». El párrafo del artículo 2.2.1.2.1.5.2., igualmente, señala que «en estos procedimientos de selección para Mipyme se aplicará lo prescrito en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 a 2.2.1.2.4.2.4 de este Decreto». Así pues, las limitaciones a mipymes colombianas se torna obligatoria en la mínima cuantía si se concurren los elementos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2.; mientras que la limitación territorial a mipymes colombianas domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato es facultativa, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar «a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en



donde se va a ejecutar el contrato», aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu proprio* proceder con la «limitación territorial» de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la «limitación a Mipymes colombianas», lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.5.4., según el cual «La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente definirá en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la publicación de este Decreto, las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de instrumentos de agregación de demanda con Mipyme, así como con grandes almacenes, en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las Entidades Estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía».

2.4. Criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compra pública, introducidos por el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el Decreto 1860 de 2021

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 párrafo 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."

Se deben diferenciar, pues, dos circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a mipymes –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra



es el establecimiento de criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que «Lo previsto en esta norma [...] 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».

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las mipymes domiciliadas en Colombia, o que deban esperar una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y 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 sustituya²⁷.

Finalmente, aunque el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015 regula la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta, indicando en el primer inciso que «su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta», el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 adicionó un parágrafo a aquella disposición, que establece que «Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio».

Lo anterior quiere decir que el reglamento concedió competencia a Colombia Compra Eficiente para definir un valor de suficiencia diferencial, que no necesariamente deberá coincidir con el valor mínimo del diez por ciento (10%), indicado en el inciso primero del artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, en relación con las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio. Este será un análisis que realizará la Agencia, en cumplimiento de la facultad señalada en el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021, a partir del estudio de oportunidad y conveniencia correspondiente.

²⁷ El artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015 establece: «Rangos para la Delimitación del Tamaño Empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

*1. Para el sector manufacturero:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1.736.565 UVT).
 *2. Para el sector servicios:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y cinco mil novecientos cincuenta y tres Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).
 *3. Para el sector de comercio:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2.160.692 UVT).
 *PARÁGRAFO 1. Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente.
 *PARÁGRAFO 2. Para aquella empresa cuya actividad principal no corresponda exclusivamente a uno de los anteriores sectores, los rangos a aplicar serán aquellos previstos para el sector manufacturero.
 *PARÁGRAFO 3. Cuando los ingresos de la empresa provengan de más de uno de los sectores contemplados en el presente Capítulo, se considerará la actividad del sector económico cuyos ingresos hayan sido más altos.
 *PARÁGRAFO 4. EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en conjunto con el Departamento Nacional de Estadística «DANE», a la fecha de la entrada en vigencia del presente Capítulo establecerá, mediante acto administrativo, el anexo técnico de correspondencia de los tres sectores, manufactura, comercio y servicios con la Clasificación de las Actividades Económicas - CIIU Revisión 4».



2.5. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. Artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y Decreto 1860 de 2021

El artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente: «De acuerdo con el resultado del análisis del sector, 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, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor».

Por un lado, 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.

No obstante, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el párrafo dispone que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». Si bien el desarrollo de este concepto condiciona la vigencia de todo el artículo en su conjunto, no cabe duda de que el reglamento podría intervenir en la definición de los «criterios diferenciales», aunque no exista habilitación expresa por parte del Congreso de la República. Esto en la medida en que la potestad reglamentaria se deriva del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de la ley.

En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación.

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir 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 exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

En desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 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. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales, siendo relevante para la consulta el primero de dicho numerales, cuyo tenor literal indica:

«Artículo 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. 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*. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.

[...]

Parágrafo. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección» [Énfasis fuera de texto].

De acuerdo con lo establecido en este numeral, una sociedad podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del 50% de sus acciones, partes de interés o cuotas de participación, pertenezcan a mujeres. Sin embargo, el supuesto de hecho de la norma transcrita, adicionalmente, exige que la titularidad de tal participación haya pertenecido a mujeres, por lo menos, durante el año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

Esto quiere decir que, no basta con que la participación en una sociedad sea mayoritariamente de mujeres para que sea considerada como un empresa o emprendimiento a los que se refiere la norma, sino que además es necesario que participación mayoritaria femenina se haya mantenido como mínimo durante el periodo



de un año, contado a partir de la fecha de cierre del proceso de selección. De esta manera, el primer criterio establecido en la norma para definir los emprendimientos y empresas de mujeres deja por fuera de dicha categoría a aquellas sociedades que, a pesar de contar con la participación mayoritaria de mujeres, no cuenten con el requerimiento del tiempo mínimo de un año.

Si se revisan los demás numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 es posible advertir que cada uno de estos coincide en exigir una antigüedad mínima de un año, respecto de la circunstancia en función de la cual se considera que una persona es un emprendimiento o empresa de mujeres. De esta manera, el numeral 2 establece como criterio que «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»; el numeral 3 requiere que la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año; y el numeral 4 que el 50% de la participación en la asociación o cooperativa haya correspondido a mujeres durante al menos el último año.

Lo anterior significa que sociedades con un término de constitución inferior a un año no encajan dentro de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, pues incluso acreditando que cuentan con participación mayoritaria de mujeres en su composición accionaria, distribución de cuotas o partes de interés, no cumplirían los requisitos establecidos en la norma en relación con la antigüedad mínima.

Debe advertirse que el texto de la norma bajo examen no establece alguna consideración subsidiaria o permisiva en virtud de la cual fuera posible ubicar dentro de la definición de emprendimientos y empresas de mujeres que realiza el numeral 1, a personas jurídicas con un término inferior a un año –como, por ejemplo, lo hace explícitamente el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pero para otros efectos²⁸–. En ese sentido, es preciso descartar la posibilidad de que a una sociedad con un tiempo de constitución inferior a un año le aplique la definición de emprendimientos y empresas de mujeres del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, por cuanto, ni siquiera acreditando que la participación mayoritaria de mujeres en la persona jurídica data del momento mismo de su constitución sería posible cumplir con el tiempo mínimo de un año.

Esta conclusión surge en atención lo expresamente indicado en el texto de la norma, el cual es claro al exigir que el 50% de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica que correspondan a mujeres «[...] hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección». Por lo tanto, la presente interpretación además se impone en

²⁸ El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 desarrolla en sus doce numerales igual número de factores de desempate, algunos de los cuales tienen como presupuesto la acreditación de vinculaciones laborales de personas pertenecientes a ciertos grupos poblacionales. Con relación a los supuestos de hecho de dichos numerales, el parágrafo segundo de la norma establece que: «[...] el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año», sin embargo, a continuación, el parágrafo establece que: «Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma».



virtud de aquella regla según la cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»²⁹.

Debe agregarse que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015³⁰, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con alguna de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. Del mismo modo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 también regula un puntaje adicional de hasta el 0,25% del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, para los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14.

De acuerdo con lo anterior, proponentes que no cumplan con alguno de los criterios definitorios de emprendimientos y empresas de mujeres establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 están excluidos del ámbito de aplicación de los criterios diferenciales, reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Esto significa que, personas jurídicas con menos de un año de constitución están excluidas de la aplicación de los referidos criterios, incluso si cuentan con participación mayoritaria de mujeres desde el momento de su constitución.

Adicionalmente, el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 dispone:

ARTÍCULO 4. Adición de un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónese un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9 de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual quedará así:

"**PARÁGRAFO.** Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio."

En lo que atañe a las preguntas contenidas en la consulta, conviene destacar que el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del

²⁹ Código Civil Colombiano «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

³⁰ Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021: «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».

Decreto 1860 de 2021, establece los documentos que acreditan cada una de las circunstancias por las cuales se puede demostrar que alguien tiene la calidad de emprendimiento y empresa de mujeres. Los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, *certificaciones emitidas bajo la gravedad del juramento*. En el supuesto del numeral 2, la certificación debe incluir, como soporte anexo, la «[...] copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador».

Por su parte, en el evento previsto en el numeral 3 la calidad indicada se debe acreditar mediante «copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil». Igualmente, es importante considerar que el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.15. dice que «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», para lo cual será necesario aportar, entonces, el documento de constitución del consorcio o la unión temporal.

Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las entidades estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

Por otro lado, la Agencia no considera que entender como empresa o emprendimiento de mujer a la persona natural que «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» –según lo prevé el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.14.– sea una ventaja injustificada. Por el contrario, esta condición desarrolla el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Además, el Gobierno Nacional goza de libertad de configuración reglamentaria en la materia, pues el parágrafo 1 del referido artículo establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». Sería, en cambio, discriminatorio, entender que una mujer –persona natural– no puede considerarse empresa o emprendimiento de mujer, cuando realiza actividades mercantiles a través de un establecimiento de comercio, a pesar de no tener una persona jurídica conformada.

Debe agregarse a las consideraciones sobre la regulación de los criterios diferenciales a favor de las empresas y los emprendimientos de mujeres que el cuarto inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que «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». Por tanto, es recomendable considerar las distintas variables en los estudios del sector, para poder determinar los requisitos diferenciales y los puntajes adicionales, sin desconocer que la realización del análisis de oportunidad y conveniencia es una actividad a cargo de las entidades estatales y que la Agencia Nacional de Contratación Pública, como órgano rector del Sistema de Compras y Contratación Pública, solo brinda algunas pautas al respecto.

En efecto, según lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, en esta actividad las entidades estatales deben realizar un estudio de la oferta, que responda, entre otras, las siguientes preguntas: i) «Quién vende», y ii) «¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?» –teniendo en cuenta elementos como la producción, la distribución y el inventario–. En relación con la primera pregunta, la Guía, señala que «Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–4; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector»³¹.

En la misma perspectiva, el artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece, además, que uno de los aspectos relacionados con los requisitos habilitantes diferenciales a favor de las empresas y emprendimientos de mujeres –que los documentos del proceso deben incorporar– es el relativo al «Valor de la garantía de seriedad de la oferta». La justificación de emplear este aspecto debe ser determinada por las entidades estatales en los estudios previos. Esto se deduce a partir de lo siguiente:

i) El primer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. establece que «los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos» de los cinco aspectos que la norma enlista a continuación. Eso significa que el valor de la garantía de seriedad de la oferta podría emplearse o no para definir los criterios diferenciales, lo cual dependerá del análisis de oportunidad y conveniencia efectuado por la Administración.

³¹ En: https://colombiacompra.gov.co/sites/cee_public/files/cee_documents/cee_guia_elaboracion_estudios.pdf

ii) El segundo inciso del artículo en comento, a su vez, indica que «Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones». Por tanto, las entidades estatales, en la planeación del procedimiento contractual, deben definir la idoneidad de los criterios diferenciales –entre estos, el del valor de la garantía de seriedad de la oferta–, según el alcance de las obligaciones que emanarán del contrato.

iii) Lo anterior lo ratifica el cuarto inciso del artículo bajo análisis, según el cual «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».

iv) Como parte de los estudios previos, en el análisis de los riesgos, la entidad estatal debe hacer una tipificación, estimación y asignación de los riesgos del contrato, para determinar la conveniencia de establecer un factor habilitante diferencial para la garantía de seriedad de la oferta a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación³². Este documento recomienda una metodología que puede orientar dicha actividad, a cargo de las entidades estatales.

Ahora bien, en cuanto a la pregunta de «Qué garantiza que a través de la ejecución del contrato se mantengan los porcentajes de participación de las mujeres para el emprendimiento y empresas de mujeres, una vez este sea celebrado», es importante mencionar que a través de los documentos solicitados en el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– la Administración verifica *ex ante* que el proponente que pretenda beneficiarse de los factores diferenciales tenga la calidad de empresa y emprendimiento de mujeres. En este sentido, no inciden en el cumplimiento de las obligaciones circunstancias como, por ejemplo, el cambio en la participación accionaria o en la planta de empleados del nivel directivo durante la ejecución del contrato. Esto en la medida que, para beneficiarse del incentivo durante el proceso de selección, el interesado tuvo que demostrar alguna de los supuestos previstos en los numerales del artículo citado durante el último año anterior a la fecha de cierre. De esta manera, a diferencia de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015 para las personas en situación de discapacidad, el incentivo para empresas y emprendimientos de mujeres no contempla ningún mecanismo de seguimiento *ex post*, lo cual es acorde con la discrecionalidad de que goza el Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

³² Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cee_public/files/cee_documents/cee_manual_cobertura_riesgo.pdf

Finalmente, lo que indica el artículo 2.2.1.2.4.2.15., cuando establece que «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*» (énfasis fuera de texto), es que, en caso de existir acuerdos comerciales vigentes que rijan el procedimiento contractual, la entidad estatal debe aplicar, de manera prevalente, las estipulaciones del tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.4.1.1., al señalar que «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables». El artículo 2.2.1.2.4.2.15. se refiere, literalmente, a los *acuerdos comerciales vigentes*. En consecuencia, se trata de un tema distinto al del trato nacional para el otorgamiento del puntaje para la promoción de la industria nacional, regulado en la Ley 816 de 2003, el Decreto 680 de 2021 y demás disposiciones complementarias, ante la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad.

2.6. Regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y en el Decreto 1860 de 2021

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007³³, prescribiendo lo que se indica a continuación:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

³³ En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

*Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

*Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales a 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 todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

*De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

*Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

*Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

*Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.»



ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin contrariar los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento a cargo del gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones normativas que permitan la provisión de bienes y servicios, a través de la celebración de contratos estatales con algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas;



pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga³⁴.

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de los actos normativos, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y habiendo aclarado que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucedió con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. En opinión de esta Agencia, dicho artículo del Decreto reglamentario perdió vigencia, porque su contenido era contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, operó la pérdida de fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, que establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Lo anterior quedó reafirmado con la expedición del Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, reglamento que modificó, entre otros aspectos, la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esta modificación entró a regir a partir del 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de la nueva norma reglamentaria sometió la vigencia de los cambios al transcurso del periodo de 3 meses siguientes a la expedición del Decreto, tal como se ha explicado.

Por otro lado, en cuanto a lo dispuesto por el antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015³⁵, que regulaba la posibilidad de limitar convocatorias a mipymes domiciliadas en un determinado ámbito territorial, se estima que este, al igual que el artículo 2.2.1.2.4.2.2, también se afectó por el fenómeno del decaimiento y hoy quedó sustituido por lo dispuesto en el Decreto 1860 de 2021.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que sobre las limitaciones territoriales para convocatorias de mipymes a la luz del antiguo artículo

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

³⁵ Dicho artículo indica que «Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa».

2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia –en los conceptos del 29 de enero de 2018 –radicado No. 4201714000006924–, C – 045 del 17 de marzo de 2020, C – 162 del 16 de abril de 2020, C – 214 del 21 de abril de 2020, C – 258 del 17 de abril de 2020, C – 364 del 4 de junio de 2020, C – 413 del 30 de junio de 2020, C – 492 del 24 de julio de 2020, C – 523 del 11 de agosto de 2020, C – 610 del 14 de septiembre de 2020 y C-700 de 1 de diciembre de 2020– había sostenido que, para que se permitiera la participación de una Mipyme en uno de estos procesos, era necesario que esta demostrara estar domiciliada en el municipio o departamento en el que se ejecutaría el contrato, la tesis se expuso en los siguientes términos:

Es de resaltar que *estas normas se refieren a las Mipymes nacionales genéricamente y, particularmente, a las Mipymes nacionales «domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato»*. En ambos casos se refiere a Mipymes nacionales, distinguiéndolas de las empresas extranjeras. Del artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 no se deriva que existan Mipymes del orden territorial. Esta categoría no existe en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipymes del orden nacional. Otra cosa es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con «domicilio» en un municipio o departamento puedan beneficiarse en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su «domicilio». De todos modos, las Mipymes domiciliadas en un municipio o departamento son Mipymes nacionales. En consecuencia, no es procedente distinguir entre Mipymes nacionales y Mipymes municipales o departamentales, habida cuenta que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

Igualmente, se debe precisar que *el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 se refiere a las «Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato» «cursivas propias», esto es, al «domicilio» y no a las «sucursales»*. Esta distinción es importante porque el beneficio normativo únicamente aplica en el lugar en el que la Mipyme tiene su «domicilio», y no en donde tiene sucursales³⁶. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, la postura sostenida por esta Agencia en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no contemplaba la posibilidad de que una Mipyme domiciliada en un departamento o municipio diferentes al lugar de ejecución del contrato, en atención al cual se realiza la limitación territorial, participara en un proceso de selección por el hecho de tener una sucursal en este, puesto que lo relevante es el domicilio de la mipyme.

Ahora bien, el texto del actual artículo 2.2.1.2.4.2.3, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, no cambia la tesis adoptada en conceptos anteriores de Colombia Compra Eficiente emitidos antes de la expedición de este reglamento. Lo

³⁶ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020. Radicado de salida No. 2202013000001974.

anterior en la medida en que, respecto del domicilio de las mipymes en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no tuvo cambios. Así se desprende del texto de la nueva norma que es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 5. Modificación de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Modifíquense los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así:
[...]

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo.

La norma reglamentaria coincide con la redacción del parágrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, solo es posible limitar convocatorias a la participación de mipymes «[...] del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato». En tales términos, la norma citada solo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a mipymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.

En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme nacional. Además, las normas de contratación permiten que las Mipymes nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su «domicilio».

Ahora bien, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, se refiere a las «mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato». Esta precisión es importante, pues el incentivo previsto en la norma únicamente aplica en el lugar de ejecución del contratado en el que la Mipyme tiene su «domicilio», y no en donde tiene sucursales.

El artículo 263 del Código de Comercio define las sucursales como «los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad». Nótese que la norma se refiere a los conceptos de «sucursal» y «domicilio» de forma diferente, de lo que se deriva que las sociedades comerciales tienen un domicilio y pueden tener una o varias

sucursales que son establecimientos de comercio, esto es, bienes mercantiles pertenecientes a la sociedad. En ese mismo sentido, los artículos 110 y 111 *ibídem* se refieren a tales conceptos de forma independiente. El uno para referirse a los requisitos de constitución de una sociedad comercial y el otro para determinar el lugar donde se debe inscribir la escritura pública de constitución de la sociedad comercial. En ese sentido, si el legislador distinguió entre uno y otro y si el reglamento se refiere al «domicilio», se entiende que no es procedente extender el beneficio contenido en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibídem* a las entidades que tienen «sucursales» en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato estatal.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar «a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021³⁷. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu proprio* proceder con la «limitación territorial» de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la «limitación a Mipymes colombianas», lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

Conviene, igualmente, precisar que el domicilio de la mipymes que quiera participar en una convocatoria limitada territorialmente se acredita con los documentos definidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En consecuencia, el requisito podrá acreditarse con una certificación acompañada, ya sea, de una copia del registro mercantil –persona natural–, del certificado de existencia y representación legal –persona jurídica– o del Registro Único de Proponentes – RUP, en donde conste el domicilio de la mipyme interesada en la limitación territorial de la convocatoria pública para celebrar el contrato, que corresponda con el lugar de ejecución del mismo, ya sea departamento o municipio.

Por último, según se explicó con anterioridad, actualmente el procedimiento de mínima cuantía se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021. El numeral 3 del artículo en mención establece que «La invitación se publicará por un término no inferior a un (1) día hábil para que los interesados se informen de su contenido y formulen observaciones o comentarios [...]» y que «De conformidad con el párrafo del presente artículo, dentro del mismo término para formular observaciones se podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas». Adicionalmente, el numeral 4 dispone que en el cronograma se debe señalar «El momento en que publicará

³⁷ 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 futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 44 de

1

un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a Mipyme o si podrá participar cualquier otro interesado». Por otra parte, también es importante tener en cuenta el parágrafo del artículo 2.2.1.2.1.5.2., a cuyo tenor:

De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 30 y el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, en estos procedimientos de selección para Mipyme se aplicará lo prescrito en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 a 2.2.1.2.4.2.4 de este Decreto. No obstante, de conformidad con el numeral 3 del presente artículo, las solicitudes para limitar el proceso a Mipyme se recibirán durante el término previsto en dicho numeral. Además, en el aviso de que trata el numeral 4 de este artículo se indicará si en el proceso aplican las limitaciones territoriales de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 o si podrá participar cualquier Mipyme nacional.

Puede concluirse, entonces, que, en el procedimiento de mínima cuantía, la limitación de la convocatoria a mipymes se debe hacer mediante la publicación de un aviso en el SECOP, luego de analizadas las solicitudes presentadas dentro del término de publicación de la invitación previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021.

2.7. Promoción del desarrollo en el sistema de compras públicas: acciones de fomento a favor de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional

El cuarto inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece que «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos» «[...]», en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual». Reglamentando este tema, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.16, indicando lo siguiente:

Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos fomentarán en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema,



desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones.

Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado.

Previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos previstos en el presente artículo, los sujetos de especial protección constitucional son aquellas personas que debido a su particular condición física, psicológica o social merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, las víctimas del conflicto armado interno, las mujeres cabeza de familia, los adultos mayores, las personas en condición de discapacidad, así como la población de las comunidades indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente.

PARÁGRAFO 2. Para efectos de los Procesos de Contratación regidos por documentos tipo, con sujeción a la potestad prevista en este artículo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente regulará el porcentaje de sujetos de especial protección constitucional que el contratista destinará al cumplimiento de las obligaciones, las condiciones para incorporarlos a la ejecución del contrato y las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de la obligación.

En lo que respecta a las preguntas contenidas en la consulta, sobre la norma transcrita, la interpretación razonable del tercer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.16., acorde con su tenor literal, es que el porcentaje se aplica sobre la cantidad de bienes o servicios. En efecto, el tercer inciso de dicho artículo establece: «Esta provisión se establecerá en



un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) *de los bienes o servicios requeridos* para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado» (énfasis fuera de texto). Obsérvese que la norma hace referencia a los bienes o servicios requeridos, no al presupuesto oficial ni al valor del contrato. Así pues, en los estudios previos la entidad estatal debe analizar el objeto contractual y el alcance de las obligaciones, y, con fundamento en ello, definir el porcentaje de provisión de bienes o servicios requeridos por parte de la población en pobreza extrema, de las personas desplazadas por la violencia, de las personas en proceso de reintegración o reincorporación y, en general, de los sujetos de especial protección constitucional.

Frente a la demostración de las circunstancias reguladas por la norma bajo análisis, como se puede observar, el segundo inciso del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, «Su acreditación se realizará en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario».

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: «i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación».

En todo caso, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. dispone que si no existe una condición especial para demostrar las circunstancias que hacen a las personas sujetos de especial protección constitucional «se acreditarán en los términos que defina



el pliego de condiciones o documento equivalente». Esto significa que si bien, en principio, existiría libertad probatoria, las entidades estatales podrían definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones. Al configurar estos requisitos, las entidades públicas deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, de manera que no impongan requisitos probatorios irrazonables.

Por otra parte, el Decreto 1860 de 2021 no define fuentes de información específicas que las entidades públicas puedan consultar para «identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional». Este es un aspecto que debe analizar cada entidad pública en los documentos del proceso. Así lo establece el artículo 2.2.1.2.4.2.16., en el segundo inciso, cuando dispone que «La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones».

Adicionalmente, el inciso quinto del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas *vinculadas* al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente» (énfasis fuera de texto). La norma no exige que la vinculación sea, necesariamente, laboral, pues de acuerdo con el primer inciso del artículo en comento, lo importante es «que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes». El concepto de «provisión de bienes o servicios» es amplio, pues enmarca las actividades que se desarrollan en el mercado, para vender, suministrar o prestar bienes o servicios³⁸. Esto significa que se puede ser proveedor de bienes o servicios, en calidad de trabajador o como contratista independiente. El supervisor o interventor, según el caso, debe constatar, entonces, durante la ejecución del contrato, que la provisión de los bienes o servicios, en el porcentaje indicado por la entidad estatal, se realice por parte de los sujetos de especial protección constitucional, independientemente de la naturaleza del contrato suscrito entre ellos y el contratista.

Ahora bien, la provisión de los bienes o servicios se debe realizar directamente por la población en pobreza extrema, los desplazados por la violencia, las personas en proceso de reintegración o reincorporación y los sujetos de especial protección constitucional. Por tanto, esta Agencia no considera procedente interpretar que se satisface la exigencia del porcentaje de provisión de bienes o servicios, por contratar con un particular que, a su vez, adquirirá los bienes o servicios de parte de los grupos

³⁸ La RAE define el verbo «proveer», entre otras acepciones, como «Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin». En: <https://dle.rae.es/proveer?m=form>

poblacionales enunciados en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. En armonía con el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el espíritu de la norma es promover el desarrollo para las personas que necesiten estas acciones de fomento por parte del Estado; finalidad que se desnaturalizaría si se entendiera que esto puede ser fuente de ganancia económica para sujetos que no caben en los grupos poblacionales beneficiados con esta medida, encareciendo con la intermediación el coste de los bienes o servicios requeridos para cumplir con el objeto contractual.

2.8. Factores de desempate. Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y Decreto 1860 de 2021

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula los factores de desempate³⁹. Conforme a la norma citada, estos aplican en los procedimientos de selección de las entidades sometidas al Estatuto General, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. Incluso, al consagrarse en la ley, generan la derogación y decaimiento de los previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, pues se trata de una norma superior y posterior que genera

³⁹ «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes.

- *1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
 - *2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.
 - *3. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.
 - *4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.
 - *5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.
 - *6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.
 - *7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participe mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.
 - *8. Preferir la oferta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.
 - *9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.
 - *10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de pagos realizados a MIPYNIES, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una MIPYME, cooperativa o asociación mutua que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutua aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.
 - *11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.
 - *12. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los Documentos del Proceso.
- *Parágrafo 1°. Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas.
- *Parágrafo 2°. Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.
- *Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos».

la pérdida de los fundamentos de derecho en los previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

En cuanto a la eficacia del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Pero, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Ahora bien, el artículo 7 del Decreto 1860 de 2021 modificó el contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.8 de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, alusivo al sistema de preferencias en favor de las personas con discapacidad. La modificación realizada reemplazó la referencia al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, que anteriormente reglamentaba los factores de desempate, por una remisión al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y el

artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, disposiciones por las que ahora se rigen los criterios de desempate.

Después de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y reglamentado, es menester hacer referencia al objeto de la consulta, en el cual se formulan preguntas sobre los numerales 2, 5 y 6 de dicho artículo, a partir de su reglamentación por parte del Decreto 1860 de 2021. Tales circunstancias hacen referencia a los siguientes factores de desempate:

[...]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

[...]

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

[...]

Como se observa, el carácter «sucesivo» y «excluyente» que debe regir la aplicación de los factores de desempate también se encuentra previsto en el primer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021. Por tanto, para resolver qué sucede si en dos proponentes concurre el mismo factor de desempate, debe aclararse el alcance de la expresión «de forma sucesiva y excluyente». El Consejo de Estado se pronunció sobre este tema en la Sentencia del 23 de mayo de 2012, que, si bien se expidió en vigencia de otra normativa, puede considerarse como precedente judicial, porque el supuesto jurídico es similar. En efecto, según el alto tribunal:

[...], a diferencia de lo sugerido por el actor, para determinar si la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 es contraria al derecho a la igualdad es necesario entrar en el estudio de toda la disposición, pues detenerse sólo en el aparte demandado conduciría a una lectura descontextualizada de la norma reglamentaria, máxime cuando de lo que se ocupa es de delimitar factores o criterios de desempate. El precepto en cuestión señala:



"FACTORES DE DESEMPATE. Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 905 de 2004, los artículos 1 y 2 de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

"1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

"2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

"3. Si se presenta empate o éste persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

"4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, éste se preferirá.

"5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios"

La disposición acusada contiene un criterio de desempate, lo cual conlleva indefectiblemente a que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se encuentra supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde la adjudicación de un contrato si dos o más propuestas obtienen el mismo puntaje. Por esta razón, el inciso primero del artículo transcrito difiere a las entidades públicas la determinación en los pliegos de condiciones de los aspectos que se tendrán en cuenta para desigualar, para lo cual deben atender las reglas que el reglamento establece de manera sucesiva y excluyente.

El diccionario de la real academia de la lengua señala que debe entenderse por sucesivo "una cosa que sucede o se sigue a otra" o aquello que se dice del "tiempo que ha de seguir al momento en que se está". A su vez, define



excluyente como el "dejar por fuera o rechazar algo." Por consiguiente, los criterios delimitados en el artículo 2º del decreto 2473 de 2010 no pueden aplicarse por parte de las Entidades Estatales de manera discrecional, aleatoria o caprichosa, ya que sólo pueden hacer uso de los mismos en el estricto orden en que fueron establecidos, de forma tal que la preferencia por la Mipymes es procedente cuando luego de analizados otros supuestos no se ha podido generar el desempate entre las propuestas presentadas.

En efecto, en caso de igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas se debe acudir en primer lugar a los criterios de desempate fijados en los pliegos de condiciones, a través de la priorización de los factores de escogencia y calificación que se hayan utilizado en el proceso de selección. Si luego de aplicar esta regla aún los proponentes ocupan la misma posición se debe escoger a la oferta de bienes y servicios nacionales sobre la oferta de bienes y servicios extranjeros. Sin embargo, si aún persiste el empate, y entre los empatados se encuentra una Mipyme nacional, la entidad debe preferirla con independencia de que sea proponente singular, consorcio o unión temporal conformada únicamente por Mipymes nacionales.

No es difícil entonces que la Sala concluya, que no existe una contradicción entre la norma demandada y el artículo 13 de la Constitución, toda vez que es diáfano que el reglamento no se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quien tiene el derecho a ser el adjudicatario del contrato; el legislador es claro al disponer que las entidades deben determinar en los pliegos de condiciones las reglas para que en caso de empate determinar con quien se debe celebrar el contrato, sin desconocer dos criterios de prelación: la preferencia por las ofertas nacionales y la necesidad de viabilizar el desarrollo de las Mipymes. El dispensar un trato no discriminatorio a todas aquellas personas que participen en un procedimiento de carácter selectivo es otra manifestación más del principio de igualdad, porque éste no sólo se materializa en la toma de decisiones sustentadas en exclusivos criterios de objetividad sino también de fijar *ab initio* requisitos y condiciones nítidas e inescrutables que permitan, en caso de que varias ofertas obtengan la misma calificación, decidir a cual de ellas se debe escoger⁴⁰.

Esta Agencia acoge la interpretación del Consejo de Estado de la expresión «de forma sucesiva y excluyente», como «"una cosa que sucede o se sigue a otra" o aquello que se dice del "tiempo que ha de seguir al momento en que se está"»⁴¹. En consecuencia, si dos proponentes se encuentran en el mismo supuesto fáctico de un factor de desempate, la entidad estatal debe continuar con el siguiente factor – de los consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– y así sucesivamente, en caso de mantenerse el empate.

Por otra parte, el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación *mayoritaria* de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 40743.

⁴¹ *Ibid.*



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

jurídica o en el proponente plural. Sin embargo, esto lo aclaró el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17. al Decreto 1082 de 2015, reglamentando así el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, frente al alcance de los factores de desempate. En lo pertinente –es decir, en relación con el factor de desempate consagrado en el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, que es sobre el cual versa la presente consulta–, el referido artículo 2.2.1.2.4.2.17. dispone:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, en los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso las obligaciones contenidas en los Acuerdos Comerciales vigentes, especialmente en materia de trato nacional.

[...]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia. Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario. En la declaración que se presente para acreditar la calidad de mujer cabeza de familia deberá verificarse que la misma dé cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008.

Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y, a falta de este, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.



Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, el titular de la información de estos datos sensibles, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, deberá autorizar de manera previa y expresa el tratamiento de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la precitada Ley, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate.

Por tanto, frente a la expresión «mayoritariamente», en concordancia con lo que ya había manifestado esta Subdirección, entre otros pronunciamientos, en los conceptos C-272 y C-302 del 9 y el 24 de junio de 2021, respectivamente, debe decirse que, si bien el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no definió lo que debe interpretarse por «participación mayoritaria», se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende, verbigracia –pero no exclusivamente–, en las sociedades por acciones, la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Esto es lo que dice el tercer inciso del artículo citado con anterioridad, cuando dispone:

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, *que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.* Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores. (Énfasis fuera de texto).

Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar cuenten –singular o conjuntamente – con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Además, se precisa que el carácter *mayoritario* de la *participación* de las mujeres cabeza de familia y de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar no se predica exclusivamente de las sociedades por acciones, pues el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, se refiere, de manera genérica, a la participación mayoritaria, en una *persona jurídica*, concepto que define el artículo 633 del Código Civil de la siguiente manera: «Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente». Esta norma señala, a su vez, que «Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública». Por tanto, la



participación mayoritaria puede ser medida en acciones o cuotas parte, según el tipo de sociedad.

En lo que respecta al numeral 5, es decir, a la pertenencia a la «[...] población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas», es importante hacer algunas precisiones frente a cada grupo poblacional. El artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT –«Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»–, aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, caracteriza la «población indígena» como aquella que descende de grupos que «[...] habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»⁴².

Por su parte, el artículo 2, numeral 5, de la Ley 70 de 1993 dispone que «comunidad negra» «Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos». De otro lado, «La población afrocolombiana está compuesta por hombres y mujeres con una marcada ascendencia (lingüística, étnica y cultural) africana. Los y las afrocolombianos (as) son algunos de los descendientes de africanos y africanas –provenientes de diversas regiones y etnias de África– que llegaron al continente americano en calidad de esclavos»⁴³.

La «población raizal», «Es la población nativa de las Islas de San Andrés, Providencia Y Santa Catalina descendientes de la unión entre europeos (principalmente ingleses, españoles y holandeses) y esclavos africanos. Se distinguen por su cultura, lengua (creole), creencias religiosas (iglesia bautista) y pasado histórico similar a los pueblos antillanos como Jamaica y Haití»⁴⁴. La «población palenquera» «[...] está conformada por los descendientes de los esclavizados que mediante actos de resistencia y de libertad, se refugiaron en los territorios de la Costa Norte de Colombia desde el Siglo XV denominados palenques. Existen 4 Palenques reconocidos: San Basilio de Palenque (Mahates – Bolívar), San José de Uré (Córdoba), Jacobo Pérez escobar (Magdalena) y La Libertad (Sucre)»⁴⁵.

En cuanto al Pueblo «Rrom» o «gitano» conviene indicar que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2957 del 6 de agosto de 2010, «El Estado colombiano reconoce a los Rom o Gitanos como un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales»⁴⁶

⁴² Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf>

⁴³ Ministerio de Cultura. Afrocolombianos, población con huellas de africanía. Disponible en: <https://mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizac%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf>

⁴⁴ Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277>

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Según el numeral 3 del artículo 4 del Decreto 2957 de 2010, «Para los Rom, el acto físico de ir de un lugar a otro es apenas un aspecto de su identidad cultural y de su estilo de vida. Dado que el nomadismo significa ante todo una manera de ver el mundo, una actitud particular respecto a la vivienda, al trabajo y a la vida en general, el nomadismo sustenta y da vida a una cosmovisión particular y radicalmente diferente a la que ostentan los pueblos sedentarios. El grupo étnico Rom o Gitano continúa siendo nómada aun cuando no esté realizando desplazamientos permanentemente por cuanto el nomadismo, además, es un estado que hace parte de su espiritualidad e imaginario colectivo».

. Lo importante es que la competencia para la caracterización y registro de cualquiera de los grupos poblacionales anteriormente mencionados reside en el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura y el Departamento Nacional de Estadística –DANE–, por lo cual se sugiere complementar esta información con dichas entidades.

Frente al numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que se refiere a las propuestas de «personas en proceso de reintegración o reincorporación», vale señalar que se trata de aquellas personas que hayan pertenecido a grupos al margen de la ley y que se encuentren en proceso de reintegración a la sociedad. La Agencia para la Reincorporación y la Normalización –ARN–, es la «[...] entidad adscrita a la Presidencia de la República, que está encargada de coordinar, asesorar y ejecutar –con otras entidades públicas y privadas– la Ruta de Reintegración de las personas desmovilizadas de los grupos armados al margen de la ley»⁴⁷.

Como se advierte, el texto del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere este numeral. Por lo tanto, en principio, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, existe libertad probatoria. Al respecto, esta Agencia ha sostenido que, dicho análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, precepto que reglamenta la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableciendo unos medios de acreditación específicos para cada una de las diferentes circunstancias a las que se refieren los factores de desempate, los cuales deberán aplicarse en los procesos de selección en los que rija el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En lo referente al criterio de desempate de los numerales 5 y 6 del artículo 35 *ibídem*, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece:

[...]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia. Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario. En la

⁴⁷ En: <http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia>

declaración que se presente para acreditar la calidad de mujer cabeza de familia deberá verificarse que la misma dé cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008.

Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y, a falta de este, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.

Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, el titular de la información de estos datos sensibles, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, deberá autorizar de manera previa y expresa el tratamiento de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la precitada Ley, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate.

[...]

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, para lo cual, la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso. Para los casos de constitución inferior a un (1) año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la persona jurídica.

El tiempo de vinculación en la planta referida, de que trata el inciso anterior, se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

Además, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complementa.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal presentará un certificado, mediante el cual acredite que por lo menos diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana. Este porcentaje se definirá de acuerdo con la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes. En todo caso, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complementa.

Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como es el caso de las personas que pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana autoricen de manera previa y expresa el tratamiento de la información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate.

6. Preferir la propuesta de personas naturales en proceso de reintegración o reincorporación, para lo cual presentará copia de alguno de los siguientes documentos: i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación.

En el caso de las personas jurídicas, el representante legal o el revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, entregará un certificado, mediante el cual acredite bajo la gravedad de juramento que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuotas partes de la persona jurídica está constituida por personas en proceso de reintegración o reincorporación. Además, deberá aportar alguno de los certificados del inciso anterior, junto con los documentos de identificación de cada una de las personas que está en proceso de reincorporación o reintegración.

Tratándose de proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando todos los integrantes sean personas en proceso de reincorporación, para lo cual se entregará alguno de los certificados del inciso primero de este numeral, y/o personas jurídicas donde más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuotas parte esté constituida por personas en

proceso de reincorporación, para lo cual el representante legal, o el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, acreditará tal situación aportando los documentos de identificación de cada una de las personas en proceso de reincorporación.

Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como son las personas en proceso de reincorporación o reintegración, autoricen a la entidad de manera previa y expresa el manejo de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 como requisito para el otorgamiento de este criterio de desempate.

Ahora bien, el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece:

PARÁGRAFO 3. Conforme con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, la Entidad Estatal garantizará el derecho a la reserva legal de toda aquella información que acredita el cumplimiento de los factores de desempate de: i) las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, ii) las personas en proceso de reincorporación y/o reintegración y iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana.

En armonía con lo anterior, en la plataforma del SECOP no se publicará para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas.

Como puede apreciarse, el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. establece una excepción razonable al derecho de acceso a la información y a los documentos públicos consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política. Este último precepto dispone que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos *salvo los casos que establezca la ley*» (énfasis fuera de texto). Por tanto, la ley puede establecer reservas de información, para garantizar bienes jurídicos que se consideran más relevantes en cada caso, a partir de un test de ponderación realizado, *prima facie*, por el legislador. Debido a lo anterior, los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012 califican algunos datos como sensibles y prohíben su tratamiento, salvo excepciones. En forma similar, el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 impone denegar el acceso a la información pública, por el daño que podría ocasionar a derechos como la intimidad, la vida, la salud y la seguridad.

En armonía con estos mandatos constitucionales y legales, el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. establece que «en la plataforma del SECOP *no se publicará* para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la

intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas» (énfasis fuera de texto). Adviértase que la norma contiene una prohibición, al emplear la expresión *no se publicará*; lo que constituye un deber para las entidades estatales, en consideración a la ejecutoriedad del reglamento y a que esta excepción al mandato de publicar los documentos es legítima, en términos constitucionales y legales⁴⁸.

Por lo anterior, si alguno de los oferentes presenta observaciones al informe de evaluación por la aplicación de los factores de desempate que operan en favor de las personas indicadas en el párrafo anterior, la entidad estatal deberá resolver y publicar la respuesta a la observación, garantizando el derecho de petición, pero también la reserva a la que se ha aludido. Este tipo de respuestas, en las cuales se contesta y sustenta lo necesario, pero se mantiene la reserva de ciertos aspectos, también tiene fundamentación legal. En efecto, el primer inciso del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 establece: «En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. [...]».

Si un proponente solicita el documento reservado, la entidad puede rechazar el acceso al mismo de manera motivada, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Lo anterior, sin perjuicio de lo indicado en el literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, para cuando «El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización» y de lo previsto en el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que indica: «Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable». En otras palabras, una lectura sistemática del parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, con los artículos legales a los que se ha hecho referencia, permite concluir que solo si el titular de la información brinda su consentimiento se podrá publicar o dar acceso a su información, en principio, reservada.

Cabe anotar, sin perjuicio de lo anterior, que no necesariamente la autorización para el manejo de datos sensibles por parte de la entidad estatal, a la que aluden los últimos incisos de los numerales 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. implica una autorización para que aquella publique en el SECOP los datos. La autorización a la que se refieren dichos incisos es para que la entidad estatal pueda tratar o manejar dicha información; y no para que terceras personas puedan acceder a esta. Distinto es el consentimiento para la revelación de la información al que alude el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Si este consentimiento no se ha otorgado, se debe aplicar la

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-748 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-274 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

prohibición a publicar dicha información en el SECOP, contenida en el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021.

Por último, en lo que tiene que ver con la posibilidad o no de corregir los errores documentales o de aportar documentos faltantes para demostrar los factores de desempate, conviene hacer algunas consideraciones, pues sobre este tema también se formulan algunas preguntas en la consulta. Como lo ha indicado esta Agencia en los documentos tipo⁴⁹, «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate*, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación» (énfasis fuera de texto).

Esta interpretación guarda consonancia con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que indica que «[...], todos aquellos requisitos de la propuesta *que no afecten la asignación de puntaje*, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta» (énfasis fuera de texto).

De allí se desprende que los documentos que deba presentar el oferente para acreditar las circunstancias que otorgan puntaje no son subsanables. Esto ocurre, precisamente, con los documentos que han de aportarse para demostrar que el proponente se encuentra en los supuestos regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–, para ser beneficiario de los factores de desempate, pues estos inciden sobre la calificación.

A partir de lo anterior, puede decirse que si un documento sirve para acreditar un requisito habilitante y también para demostrar alguna de los supuestos que permiten la aplicación de los factores de desempate, debe permitirse su subsanación frente al requisito habilitante, más no frente a los factores de desempate. Así también lo ha interpretado esta Agencia en los documentos tipo. Por ejemplo, en lo que respecta a la acreditación del puntaje por servicios nacionales o con trato nacional, ha indicado: «El Proponente nacional podrá subsanar la falta de presentación de la cédula de ciudadanía o del certificado de existencia y representación legal para acreditar el requisito habilitante de capacidad jurídica. No obstante, no podrá subsanar esta circunstancia para la asignación del puntaje por Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional»⁵⁰.

3. Respuesta

⁴⁹ Cfr. el numeral 1.6 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, versión 3, vigentes. En: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/03-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version>

⁵⁰ Ibid., numeral 4.3.1.1.

«[...]

»ARTÍCULO 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

»(...) 5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación. (...)"

»Al respecto se consulta:

»1. Teniendo en cuenta un criterio jurídico diferencial entre la verificación y la evaluación de las ofertas, ¿la Entidad podría emitir un documento de requerimientos de subsanación para todos los proponentes previo al informe de evaluación?

»Lo anterior con la intención de evitar la emisión indefinida de adendas para que cada oferente pueda subsanar en un término perentorio de manera individual y previo a la evaluación, lo que desnaturalizaría la finalidad de la mínima cuantía. [...]]».

El artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, indica que las entidades estatales «establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos». Las entidades estatales gozan, pues, de discrecionalidad administrativa para establecer el término de subsanación en la invitación, pero una vez lo hagan aquel se convierte en reglado y preclusivo. Si la entidad estatal no define el término, «los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación».

Ahora bien, el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. no permite que en un solo documento común la entidad estatal solicite la subsanación de los requisitos habilitantes de todos los oferentes sin haber verificado primero el menor precio. Obsérvese que la norma establece que «La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente».



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 63 de

1

En tal sentido, una vez la entidad estatal constate que un oferente presentó el menor precio de todas las propuestas allegadas, verificará si cumple con los requisitos habilitantes. En caso de no cumplirlos y respetando lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, le solicitará que subsane el defecto correspondiente, en el término preclusivo previsto en la invitación. Si no se señala término alguno, el proponente podrá subsanar «hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación» –el cual es de un (1) día hábil–, y así procederá con los demás, en caso de que este no subsane.

«ARTÍCULO 2.2.1.2.1.5.3. Adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. Las Entidades Estatales deben aplicar las siguientes reglas cuando decidan adquirir bienes hasta por el monto de su mínima cuantía en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio:»

»Al respecto se consulta:

»1. La entidad cómo decide si hacer adquisición en "Grandes Almacenes" o convoca Mipymes, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las cifras reportadas en el SECOP II, desde el año 2017 hasta el 2021, se demuestra que únicamente el 16,64% –67,95 mil– de la totalidad de proveedores corresponden a Mipymes, mientras que el 83,36% –340,35– no lo son. Además, del análisis realizado a la participación que éstas han tenido en las distintas modalidades de selección, se demuestra que en la modalidad de mínima cuantía es en la que menos participan».

El artículo 2.2.1.2.1.5.3. establece que corresponde a cada entidad estatal decidir si realizará la adquisición en grandes almacenes. En otras palabras, aquella cuenta con discrecionalidad para adoptar dicha decisión, observando los límites de este tipo de potestades. Así, en los estudios previos la entidad estatal debe analizar el sector económico, con la finalidad de constatar las características técnicas, al igual que los factores comerciales y económicos de los eventuales proveedores. A partir de este análisis de oportunidad y conveniencia, podrá concluir si es mejor, por ejemplo, adelantar el procedimiento de mínima cuantía haciendo la invitación general o solo a los grandes almacenes.

Por otra parte, según lo indica el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.2., en el término que tienen los interesados para formular observaciones a la invitación, «podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas». De acuerdo con el numeral cuarto del referido artículo, la entidad estatal debe señalar en el cronograma «El momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a Mipyme o si podrá participar cualquier otro interesado». En este aviso, además, «[...] se indicará si en el proceso aplican las limitaciones territoriales de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 o si podrá participar cualquier Mipyme nacional». El párrafo del artículo 2.2.1.2.1.5.2., igualmente, señala que «en estos procedimientos de selección para Mipyme se aplicará lo prescrito en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 a 2.2.1.2.4.2.4 de este Decreto». Así pues, las limitaciones a



mipymes colombianas se torna obligatoria en la mínima cuantía si se concurren los elementos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2.; mientras que la limitación territorial a mipymes colombianas domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato es facultativa, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar «a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu proprio* proceder con la «limitación territorial» de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la «limitación a Mipymes colombianas», lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.5.4., según el cual «La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente definirá en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la publicación de este Decreto, las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de instrumentos de agregación de demanda con Mipyme, así como con grandes almacenes, en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las Entidades Estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía».

«ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.17. Factores de desempate y acreditación. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, en los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso las obligaciones contenidas en los Acuerdos Comerciales vigentes, especialmente en materia de trato nacional.

»(...) PARÁGRAFO 3. Conforme con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, la Entidad Estatal garantizará el derecho a la reserva legal de toda aquella información que acredita el



cumplimiento de los factores de desempate de: i) las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, ii) las personas en proceso de reincorporación y/o reintegración y iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana.

»En armonía con lo anterior, en la plataforma del SECOP no se publicará para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas.

»Al respecto se consulta:

»1. ¿En caso de presentarse observaciones en el proceso de selección por la aplicación del criterio de desempate que documento deberá publicar la Entidad para demostrar que efectivamente el oferente dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley para obtener esta acreditación? ¿Sí los oferentes solicitan la publicación de esta información, como deberá proceder la Entidad para emitir la respectiva respuesta? ¿Se establece alguna excepción para la publicación de esta información en SECOP II, si existe autorización de la persona para publicarla?

»2. En los últimos incisos de los numerales 5° y 6° requiere que se solicite autorización expresa de esas personas para el tratamiento de la información, lo cual, según el literal g) del artículo tercero de la Ley 1581 de 2012, incluye la circulación de la información. En ese sentido no es claro si a pesar de contar con la autorización de tratamiento no se deben publicar dichos documentos, surgiendo la interrogante de ¿cuál es la finalidad de solicitar autorización de tratamiento de datos? Dado que el decreto exige la garantía de la reserva legal de dicha información.

»Lo anterior es importante para determinar ¿qué documentos son públicos y cuáles no al momento de dar publicidad a las propuestas?

»3. Frente al criterio de desempate relativo a personas naturales en proceso de reintegración o reincorporación, la norma indica: "(...) criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como son las personas en proceso de reincorporación o reintegración, autoricen a la entidad de manera previa y expresa el manejo de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 como requisito para el otorgamiento de este criterio de desempate"

»¿Como se va a garantizar el anonimato de estas personas, teniendo en cuenta que a pesar de que el titular otorgue a la entidad autorización para el tratamiento de datos, hacer el mismo público puede significar riesgos para su integridad o intimidad? ¿SECOP II permitirá tratar esa información como confidencial?»

El parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. establece una excepción razonable al derecho de acceso a la información y a los documentos públicos consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política. Este último precepto dispone que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos *salvo los casos que establezca la ley*» (énfasis fuera de texto). Por tanto, la ley puede establecer reservas de información, para garantizar bienes jurídicos que se consideran más relevantes en cada caso, a partir de un test de ponderación realizado, *prima facie*, por el legislador. Debido a lo anterior, los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012 califican algunos datos como sensibles y prohíben su tratamiento, salvo excepciones. En forma similar, el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 impone denegar el acceso a la información pública, por el daño que podría ocasionar a derechos como la intimidad, la vida, la salud y la seguridad.

En armonía con estos mandatos constitucionales y legales, el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. establece que «en la plataforma del SECOP *no se publicará* para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas» (énfasis fuera de texto). Adviértase que la norma contiene una prohibición, al emplear la expresión *no se publicará*; lo que constituye un deber para las entidades estatales, en consideración a la ejecutoriedad del reglamento y a que esta excepción al mandato de publicar los documentos es legítima, en términos constitucionales y legales⁵¹.

Por lo anterior, si alguno de los oferentes presenta observaciones al informe de evaluación por la aplicación de los factores de desempate que operan en favor de las personas indicadas en el párrafo anterior, la entidad estatal deberá resolver y publicar la respuesta a la observación, garantizando el derecho de petición, pero también la reserva a la que se ha aludido. Este tipo de respuestas, en las cuales se contesta y sustenta lo necesario, pero se mantiene la reserva de ciertos aspectos, también tiene fundamentación legal. En efecto, el primer inciso del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 establece: «En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. [...]».

Si un proponente solicita el documento reservado, la entidad puede rechazar el acceso al mismo de manera motivada, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Lo anterior, sin perjuicio de lo indicado en el literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, para cuando «El Titular haya dado

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-748 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-274 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización» y de lo previsto en el párrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que indica: «Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable». En otras palabras, una lectura sistemática del párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, con los artículos legales a los que se ha hecho referencia, permite concluir que solo si el titular de la información brinda su consentimiento se podrá publicar o dar acceso a su información, en principio, reservada.

Cabe anotar, sin perjuicio de lo anterior, que no necesariamente la autorización para el manejo de datos sensibles por parte de la entidad estatal, a la que aluden los últimos incisos de los numerales 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. implica una autorización para que aquella publique en el SECOP los datos. La autorización a la que se refieren dichos incisos es para que la entidad estatal pueda tratar o manejar dicha información; y no para que terceras personas puedan acceder a esta. Distinto es el consentimiento para la revelación de la información al que alude el párrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Si este consentimiento no se ha otorgado, se debe aplicar la prohibición a publicar dicha información en el SECOP, contenida en el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021.

«ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»(...) ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16. Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos fomentarán en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

»La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia



en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones.

»Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado.

»Previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

»El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente. (...)

»Al respecto se consulta:

»1. ¿Qué documento público y que Entidad de orden Nacional y/o Distrital emitirá la acreditación de los sujetos de especial protección constitucional? ¿Qué documentos adicionales se deberán presentar para acreditar la condición especial? ¿La documentación para acreditar la condición especial de protección constitucional podrá ser publicada en SECOP para co (sic)
2. nacimiento de terceros o afectaría el derecho a la intimidad de los sujetos? (sic)»

El segundo inciso del párrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, «Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario».

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complementa, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: «i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación».

En todo caso, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. dispone que si no existe una condición especial para demostrar las circunstancias que hacen a las personas sujetos de especial protección constitucional, «se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». Esto significa que si bien, en principio, existiría libertad probatoria, las entidades estatales podrían definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones. Al configurar estos requisitos, las entidades públicas deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, de manera que no impongan requisitos probatorios irrazonables.

Por otra parte, reiterando lo dicho en una respuesta anterior, si se configura alguna circunstancia que exija tratar como reservada la información, en los términos de los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y 24 de la Ley 1437 de 2011 –modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015,–, la entidad estatal debe abstenerse de publicar dicha información en el SECOP o revelarla a terceras personas.

«3. ¿Qué fuentes de información pueden consultar las entidades para identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional?»

El Decreto 1860 de 2021 no define fuentes de información específicas que las entidades públicas puedan consultar para «identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional». Este es un aspecto que debe analizar cada entidad pública en los documentos del proceso. Así lo establece el artículo 2.2.1.2.4.2.16., en el segundo inciso, cuando dispone que «La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones».

«4. ¿Para determinar el 5% o 10% de provisión de bienes y servicios, se toma el valor presupuestal o la cantidad de los mismos?»

La interpretación razonable de este apartado del artículo 2.2.1.2.4.2.16., acorde con su tenor literal, es que el porcentaje se aplica sobre la cantidad de bienes o servicios. En efecto, el tercer inciso de dicho artículo establece: «Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado» (énfasis fuera de texto). Obsérvese que la norma hace referencia a los bienes o servicios requeridos, no al presupuesto oficial ni al valor del contrato. Así pues, en los estudios previos la entidad estatal debe analizar el objeto contractual y el alcance de las obligaciones, y, con fundamento en ello, definir el porcentaje de provisión de bienes o servicios requeridos por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional.

«5. ¿La palabra “vinculación” del inciso quinto, hace referencia a un contrato de prestación de servicios o laboral?»

»6. ¿Si el contratista adquiere bienes (Contrato de compraventas o suministros) con una persona jurídica que comercia bienes de la población beneficiaria, se entiende que dichos grupos poblacionales están “Vinculados a la ejecución del contrato”?»

El inciso quinto del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas *vinculadas* al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente» (énfasis fuera de texto). La norma no exige que la vinculación sea, necesariamente, laboral, pues de acuerdo con el primer inciso del artículo en comento, lo importante es «que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes». El concepto de «provisión de bienes o servicios» es amplio, pues enmarca las actividades que se desarrollan en el mercado para vender, suministrar o prestar bienes o servicios⁵². Esto significa que se puede ser proveedor de bienes o servicios, en calidad de trabajador o como contratista independiente. El supervisor o interventor, según el caso, debe constatar, entonces, durante la ejecución del contrato, que la provisión de los bienes o servicios, en el porcentaje indicado por la entidad estatal, se realice por parte de los sujetos de especial protección constitucional, independientemente de la naturaleza del contrato suscrito entre ellos y el contratista.

⁵² La RAE define el verbo «proveer», entre otras acepciones, como «Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin». En: <https://dle.rae.es/proveer?m=form>

Ahora bien, la provisión de los bienes o servicios se debe realizar directamente por la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. Por tanto, esta Agencia no considera procedente interpretar que se satisface la exigencia del porcentaje de provisión de bienes o servicios, por contratar con un particular que, a su vez, adquirirá los bienes o servicios de parte de los grupos poblacionales enunciados en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. En armonía con el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el espíritu de la norma es promover el desarrollo para las personas que necesiten estas acciones de fomento por parte del Estado; finalidad que se desnaturalizaría si se entendiera que esto puede ser fuente de ganancia económica para sujetos que no caben en los grupos poblacionales beneficiados con esta medida, encareciendo con la intermediación el coste de los bienes o servicios requeridos para cumplir con el objeto contractual.

«ARTÍCULO 3. Adición de los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónense los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15, 2.2.1.2.4.2.16, 2.2.1.2.4.2.17 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así.

»(...) ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.18. 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."

»Bajo este artículo se consulta:

»1. Deben seguirse aplicando los demás requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 "Convocatorias limitadas a Mipyme" del Decreto 1082 de 2015, en lo que refiere al plazo de existencia de la Mipyme, el monto de la cuantía del proceso que es susceptible de limitar a Mipyme, el origen nacional de la Mipyme y el plazo para recibir las manifestaciones para limitar el proceso o, nos abstenemos de aplicarlos hasta tanto no sea expedida una nueva reglamentación en la materia que fije los montos y las demás condiciones para limitar convocatorias públicas a la participación de Mipymes?

Se deben diferenciar dos circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a mipymes –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra es el establecimiento de criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que «Lo previsto en esta norma [...] 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».

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las mipymes domiciliadas en Colombia, o que deban esperar

una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y 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 sustituya⁵³.

»2. De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, este aplicará para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022. ¿Las entidades estatales, no podemos adoptar convocatorias limitadas a Mipymes?

Tal como lo indicó esta Agencia en oportunidades anteriores –mencionadas en las consideraciones del presente concepto– el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, por lo cual los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, que regían las convocatorias limitadas a mipymes, en su momento, perdieron vigencia, porque su contenido era contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, operó la pérdida de fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, que establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Lo anterior quedó reafirmado con la expedición del Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, reglamento que modificó, entre otros aspectos, la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Ahora bien, esta modificación entró a regir a partir del 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de la nueva norma reglamentaria sometió la vigencia de los cambios al transcurso del período de 3 meses siguientes a la expedición del Decreto. Por lo tanto, desde la fecha indicada anteriormente las entidades estatales deben aplicar los nuevos artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1820 de 2021, para

⁵³ El artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015 establece: «Rangos para la Definición del Tamaño Empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

*1. Para el sector manufacturero:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1.736.565 UVT).
 *2. Para el sector servicios:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y tres mil novecientos cincuenta y tres Unidades de Valor Tributario (133.951 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y tres mil novecientos cincuenta y tres Unidades de Valor Tributario (133.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil novecientos ochenta y tres Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).
 *3. Para el sector de comercio:
 *Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT).
 *Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y tres mil novecientos ochenta y tres Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT).
 *Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y tres mil novecientos ochenta y tres Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2.160.692 UVT).
 *PARÁGRAFO 1. Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente.
 *PARÁGRAFO 2. Para aquella empresa cuya actividad principal no corresponda exclusivamente a uno de los anteriores sectores, los rangos a aplicar serán aquellos previstos para el sector manufacturero.
 *PARÁGRAFO 3. Cuando los ingresos de la empresa provengan de más de uno de los sectores contemplados en el presente Capítulo, se considerará la actividad del sector económico cuyos ingresos hayan sido más altos.
 *PARÁGRAFO 4. EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en conjunto con el Departamento Nacional de Estadística «DANE», a la fecha de la entrada en vigencia del presente Capítulo establecerá, mediante acto administrativo, el anexo técnico de correspondencia de los tres sectores, manufactura, comercio y servicios con la Clasificación de las Actividades Económicas - CIIU Revisión 4».



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)79566600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

realizar las convocatorias limitadas a mipymes, si se presentan los requisitos establecidos en las normas que ya se encuentran vigentes.

«3. Teniendo en cuenta que en los demás procesos de contratación la manifestación de limitar a Mypimes se encuentra entre la fase intermedia de prepliegos y los pliegos definitivos, la solicitud de limitar a Mypimes para la mínima cuantía debe hacerse antes de la publicación de la invitación pública o por adenda, ¿en este sentido se utilizaría para la mínima también el aviso? Y la plataforma en mínima no tiene esa posibilidad de limitación a Mypimes».

Según se explicó en las consideraciones de este concepto, actualmente el procedimiento de mínima cuantía se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021. El numeral 3 del artículo en mención establece que «La invitación se publicará por un término no inferior a un (1) día hábil para que los interesados se informen de su contenido y formulen observaciones o comentarios [...]» y que «De conformidad con el párrafo del presente artículo, dentro del mismo término para formular observaciones se podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas». Adicionalmente, el numeral 4 dispone que en el cronograma se debe señalar «El momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a Mipyme o si podrá participar cualquier otro interesado». Por otra parte, también es importante tener en cuenta el párrafo del artículo 2.2.1.2.1.5.2., a cuyo tenor:

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 30 y el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, en estos procedimientos de selección para Mipyme se aplicará lo prescrito en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 a 2.2.1.2.4.2.4 de este Decreto. No obstante, de conformidad con el numeral 3 del presente artículo, las solicitudes para limitar el proceso a Mipyme se recibirán durante el término previsto en dicho numeral. Además, en el aviso de que trata el numeral 4 de este artículo se indicará si en el proceso aplican las limitaciones territoriales de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 o si podrá participar cualquier Mipyme nacional.

Puede concluirse, entonces, que, en el procedimiento de mínima cuantía, la limitación de la convocatoria a mipymes se debe hacer mediante la publicación de un aviso en el SECOP, luego de analizadas las solicitudes presentadas dentro del término de publicación de la invitación previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021.

«(...) 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 futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 75 de

1

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 (...)"

»Al respecto se consulta:

»1. En el Estudio del sector de cada proceso, el análisis de la oferta (que es el estudio de ¿Quién vende? o quien presta el servicio que la entidad requiere?) se debe discriminar dentro del listado de posibles empresas proveedoras en el mercado, cuales pertenecen a mujeres? cuales en su composición accionaria cuentan con más del 50% de acciones en cabeza de mujeres? en cuales por lo menos el personal directivo el 50% son mujeres? Lo anterior teniendo en cuenta que la determinación de los requisitos diferenciales y puntajes adicionales son el resultado del análisis de la oferta del análisis del sector.

»De ser afirmativa la anterior pregunta, las entidades ¿dónde podríamos obtener esta información tan detallada? ¿Existen bases de datos con esta información? ¿Existen estadísticas al respecto?

»[...]

»5. ¿Cuáles son las fuentes de consulta que se recomiendan para poder sustentar los criterios diferenciales que propone la norma?»

El cuarto inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que «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». Por lo tanto, es recomendable que variables como las que usted menciona sean consideradas en los estudios del sector, para poder determinar los requisitos diferenciales y los puntajes adicionales, sin desconocer que la realización del análisis de oportunidad y conveniencia es una actividad a cargo de las entidades estatales y que la Agencia Nacional de Contratación Pública, como órgano rector del sistema de compras y contratación pública, solo brinda algunas pautas al respecto.

En efecto, según lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, en esta actividad las entidades estatales deben realizar un estudio de la oferta, que responda, entre otras, las siguientes preguntas: i) «Quién vende», y ii) «¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?» –teniendo en cuenta elementos como la producción, la distribución y el inventario–. En relación con la primera pregunta, la Guía, señala que «Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–4; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector»⁵⁴.

⁵⁴ En: https://colombiacompra.gov.co/sites/cee_public/files/cee_documents/cee_guia_elaboracion_estudios.pdf



«2. ¿Qué garantiza que a través de la ejecución del contrato se mantengan los porcentajes de participación de las mujeres para el emprendimiento y empresas de mujeres, una vez este sea celebrado?»

Es importante mencionar que a través de los documentos solicitados en el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– la Administración verifica *ex ante* que el proponente que pretenda beneficiarse de los factores diferenciales tenga la calidad de empresa y emprendimiento de mujeres. En este sentido, no inciden en el cumplimiento de las obligaciones circunstancias como, por ejemplo, el cambio en la participación accionaria o en la planta de empleados del nivel directivo durante la ejecución del contrato. Esto en la medida que, para beneficiarse del incentivo durante el proceso de selección, el interesado tuvo que demostrar alguna de los supuestos previstos en los numerales del artículo citado durante el último año anterior a la fecha de cierre. De esta manera, a diferencia de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015 para las personas en situación de discapacidad, el incentivo para empresas y emprendimientos de mujeres no contempla ningún mecanismo de seguimiento *ex post*, lo cual es acorde con la discrecionalidad de que goza el Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

«3. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, ¿basta con la certificación emitida bajo gravedad de juramento, sin que se deba demostrar la participación de estas, según el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural?»

[...]

»9. Teniendo en cuenta, el “ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. 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. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil”. En caso de desempate y aplicando los criterios de desempate, ¿no tendría una desventaja sustancial?»

El artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 establece los documentos que acreditan cada una de las circunstancias por las cuales se puede demostrar que alguien tiene la calidad de emprendimiento y empresa de mujeres. Los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, *certificaciones emitidas bajo la gravedad del juramento*. En el supuesto del numeral 2, la certificación debe incluir, como soporte anexo, la «[...] copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad



social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador». Por su parte, en el evento previsto en el numeral 3, la calidad indicada se debe acreditar mediante «copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil». Igualmente, es importante considerar que el párrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.15. dice que «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», para lo cual será necesario aportar, entonces, el documento de constitución del consorcio o la unión temporal.

Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las entidades estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

Finalmente, la Agencia no considera que entender como empresa o emprendimiento de mujer a la persona natural que «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» –según lo prevé el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.14.– sea una ventaja injustificada. Por el contrario, esta condición desarrolla el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Además, el Gobierno Nacional goza de libertad de configuración reglamentaria en la materia, pues el párrafo 1 del referido artículo establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». Sería, en cambio, discriminatorio, entender que una mujer –persona natural– no puede considerarse empresa o emprendimiento de mujer, cuando realiza actividades mercantiles a través de un establecimiento de comercio, a pesar de no tener una persona jurídica conformada.

«4. Respecto del criterio de desempate “2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia” ¿Quién será el adjudicatario si dos o más empresas logran acreditar este requisito? ¿se elegirá a la empresa que más mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar logre acreditar frente a las demás?»

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 establece que los factores de desempate que consagra deberán utilizarse «de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al



oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes». El carácter sucesivo y excluyente que debe regir la aplicación de los factores de desempate también se encuentra previsto en el primer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021. Por tanto, para resolver qué sucede si en dos proponentes concurre el mismo factor de desempate, debe aclararse el alcance de la expresión «de forma sucesiva y excluyente». El Consejo de Estado se pronunció sobre este tema en la Sentencia del 23 de mayo de 2012, que, si bien se expidió en vigencia de otra normativa, puede considerarse como precedente judicial, porque el supuesto jurídico es similar. En efecto, según el alto tribunal:

[...], a diferencia de lo sugerido por el actor, para determinar si la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 es contraria al derecho a la igualdad es necesario entrar en el estudio de toda la disposición, pues detenerse sólo en el aparte demandado conduciría a una lectura descontextualizada de la norma reglamentaria, máxime cuando de lo que se ocupa es de delimitar factores o criterios de desempate. El precepto en cuestión señala:

"FACTORES DE DESEMPATE. *Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 905 de 2004, los artículos 1 y 2 de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:*

"1. *En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.*

"2. *En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*

"3. *Si se presenta empate o éste persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.*

"4. *Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, éste se preferirá.*



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 80 de

1

"5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios"

La disposición acusada contiene un criterio de desempate, lo cual conlleva indefectiblemente a que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se encuentra supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde la adjudicación de un contrato si dos o más propuestas obtienen el mismo puntaje. Por esta razón, el inciso primero del artículo transcrito difiere a las entidades públicas la determinación en los pliegos de condiciones de los aspectos que se tendrán en cuenta para desigualar, para lo cual deben atender las reglas que el reglamento establece de manera sucesiva y excluyente.

El diccionario de la real academia de la lengua señala que debe entenderse por sucesivo "*una cosa que sucede o se sigue a otra*" o aquello que se dice del "*tiempo que ha de seguir al momento en que se está*". A su vez, define excluyente como el "*dejar por fuera o rechazar algo*." Por consiguiente, los criterios delimitados en el artículo 2º del decreto 2473 de 2010 no pueden aplicarse por parte de las Entidades Estatales de manera discrecional, aleatoria o caprichosa, ya que sólo pueden hacer uso de los mismos en el estricto orden en que fueron establecidos, de forma tal que la preferencia por la Mipymes es procedente cuando luego de analizados otros supuestos no se ha podido generar el desempate entre las propuestas presentadas.

En efecto, en caso de igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas se debe acudir en primer lugar a los criterios de desempate fijados en los pliegos de condiciones, a través de la priorización de los factores de escogencia y calificación que se hayan utilizado en el proceso de selección. Si luego de aplicar esta regla aún los proponentes ocupan la misma posición se debe escoger a la oferta de bienes y servicios nacionales sobre la oferta de bienes y servicios extranjeros. Sin embargo, si aún persiste el empate, y entre los empatados se encuentra una Mipyme nacional, la entidad debe preferirla con independencia de que sea proponente singular, consorcio o unión temporal conformada únicamente por Mipymes nacionales.

No es difícil entonces que la Sala concluya, que no existe una contradicción entre la norma demandada y el artículo 13 de la Constitución, toda vez que es diáfano que el reglamento no se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quien tiene el derecho a ser el adjudicatario del contrato; el legislador es claro al disponer que las entidades deben determinar en los pliegos de condiciones las reglas para que en caso de empate determinar con quien se debe celebrar el contrato, sin desconocer dos criterios de prelación: la preferencia por las ofertas nacionales y la necesidad de viabilizar el desarrollo de las Mipymes. El dispensar un trato no discriminatorio a todas aquellas personas que participen en un procedimiento de carácter selectivo es otra manifestación

más del principio de igualdad, porque éste no sólo se materializa en la toma de decisiones sustentadas en exclusivos criterios de objetividad sino también de fijar *ab initio* requisitos y condiciones nítidas e inescrutables que permitan, en caso de que varias ofertas obtengan la misma calificación, decidir a cual de ellas se debe escoger⁵⁵.

Esta Agencia acoge la interpretación del Consejo de Estado de la expresión «de forma sucesiva y excluyente», como «"una cosa que sucede o se sigue a otra" o aquello que se dice del "tiempo que ha de seguir al momento en que se está"»⁵⁶. En consecuencia, si dos proponentes se encuentran en el mismo supuesto fáctico de un factor de desempate, la entidad estatal debe continuar con el siguiente factor – de los consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– y así sucesivamente, en caso de mantenerse el empate.

»6. ¿Cuál sería la justificación para poder aplicar el criterio diferencial referente al valor de la garantía de seriedad de la oferta en un proceso de selección?

»7. ¿Cómo medir el riesgo de siniestralidad en las garantías de seriedad de la oferta entre empresas de emprendimiento de mujeres y Mipymes frente a las otras empresas que no ostentan este criterio?»

El artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que uno de los aspectos relacionados con los requisitos habilitantes diferenciales a favor de las empresas y emprendimientos de mujeres –que los documentos del proceso deben incorporar– es el relativo al «Valor de la garantía de seriedad de la oferta». La justificación de emplear este aspecto debe ser determinada por las entidades estatales en los estudios previos. Esto se deduce a partir de lo siguiente:

i) El primer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. establece que «los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos» de los cinco aspectos que la norma enlista a continuación. Eso significa que el valor de la garantía de seriedad de la oferta podría emplearse o no para definir los criterios diferenciales, lo cual dependerá del análisis de oportunidad y conveniencia efectuado por la Administración.

ii) El segundo inciso del artículo en comento, a su vez, indica que «Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones». Por tanto, las entidades estatales, en la planeación del procedimiento contractual, deben definir la idoneidad de los criterios diferenciales –entre estos, el del valor de la garantía de seriedad de la oferta–, según el alcance de las obligaciones que emanarán del contrato.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 40743.

⁵⁶ Ibid.

iii) Lo anterior lo ratifica el cuarto inciso del artículo bajo análisis, según el cual «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».

iv) Como parte de los estudios previos, en el análisis de los riesgos, la entidad estatal debe hacer una tipificación, estimación y asignación de los riesgos del contrato, para determinar la conveniencia de establecer un factor habilitante diferencial para la garantía de seriedad de la oferta a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación⁵⁷. Este documento recomienda una metodología que puede orientar dicha actividad, a cargo de las entidades estatales; por lo cual la invitamos a consultarlo.

«8. De conformidad con lo descrito en el artículo 2.2.1.2.4.2.15., el cual expresa: “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.” ¿Si tengo un Acuerdo comercial vigente, no puedo aplicar los criterios diferenciales? Sin perjuicio de los “Acuerdos comerciales” ¿incluye el caso de proveedores provenientes de estados con los cuales son existe un acuerdo comercial, pero el Estado a certificado reciprocidad?» (sic)

Lo que indica el artículo 2.2.1.2.4.2.15., cuando establece que «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*» (énfasis fuera de texto), es que, en caso de existir acuerdos comerciales vigentes que rijan el procedimiento contractual, la entidad estatal debe aplicar, de manera prevalente, las estipulaciones del tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.4.1.1., al señalar que «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables». El artículo 2.2.1.2.4.2.15. se refiere, literalmente, a los *acuerdos comerciales vigentes*. En consecuencia se trata de un tema distinto al del trato nacional para el otorgamiento del puntaje para la promoción de la industria nacional, regulado en la Ley 816 de 2003, el Decreto 680 de 2021 y demás disposiciones complementarias, ante la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad.

⁵⁷ Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

»«ARTÍCULO 4. Adición de un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónese un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9 de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual quedará así: "PARÁGRAFO. Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio.»

»Al respecto se consulta:

»1. De conformidad con los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y para MIPYMES, se establece la posibilidad de incorporar requisitos habilitantes diferenciales, entre ellos, en el aspecto del valor de la garantía de seriedad de la oferta. Por ende, conforme lo dispuesto en el Artículo 2.2.1.2.3.1.9., del Decreto 1082 de 2015 a efectos prácticos. ¿cómo sería posible establecer este diferencial de acuerdo con los valores y porcentajes para la suficiencia de esta garantía?

»2. Respecto de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082, modificado, específicamente el tema del numeral 5 (Valor de la garantía de seriedad de la oferta), dicha modificación quiere decir que, en adelante, se deberá solicitar el piso establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la misma norma, que como mínimo exige una suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta en 10% del presupuesto oficial, para las empresas y emprendimientos de mujeres, y un incremento en dicho porcentaje para los demás. Lo anterior, porque se acostumbra a exigir el 10% del valor del presupuesto oficial como garantía de seriedad de la oferta, y esto eleva los costos de presentación de propuesta de los oferentes.

Aunque el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015 regula la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta, indicando en el primer inciso que «su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta», el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 adicionó un párrafo a aquella disposición, que establece que «Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio».

Lo anterior quiere decir que el reglamento concedió competencia a Colombia Compra Eficiente para definir un valor de suficiencia diferencial, que no necesariamente deberá coincidir con el valor mínimo del diez por ciento (10%), indicado en el inciso primero del artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, en relación con las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio. Este será un análisis que realizará la Agencia, en cumplimiento de la facultad señalada en el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021, a partir del estudio de oportunidad y conveniencia correspondiente.

»FRENTE A LOS CRITERIOS DE DESEMPATE



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 84 de

1

»1. Si en el término de verificación la Entidad encuentra un documento que debe ser subsanado, pero este también sirve para el criterio de puntuación y desempate en el proceso de selección, ¿puedo solicitar que se subsane? Por favor explicar la respuesta desde el componente jurídico entendiendo que los documentos objeto de puntuación no deben ser subsanados.

»2. ¿Los documentos que son objeto de verificación para el desempate y que no fueron solicitados en el plazo de subsanación, pueden solicitarse después de la publicación del informe de evaluación?»

Como lo ha indicado esta Agencia en los documentos tipo⁵⁸, «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate*, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación» (énfasis fuera de texto).

Esta interpretación guarda consonancia con el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que indica que «[...], todos aquellos requisitos de la propuesta *que no afecten la asignación de puntaje*, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta» (énfasis fuera de texto).

De allí se desprende que los documentos que deba presentar el oferente para acreditar las circunstancias que otorgan puntaje no son subsanables. Esto ocurre, precisamente, con los documentos que han de aportarse para demostrar que el proponente se encuentra en los supuestos regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–, para ser beneficiario de los factores de desempate, pues estos inciden sobre la calificación.

A partir de lo anterior, puede decirse que si un documento sirve para acreditar un requisito habilitante y también para demostrar alguna de los supuestos que permiten la aplicación de los factores de desempate, debe permitirse su subsanación frente al requisito habilitante, más no frente a los factores de desempate. Así también lo ha interpretado esta Agencia en los documentos tipo. Por ejemplo, en lo que respecta a la acreditación del puntaje por servicios nacionales o con trato nacional, ha indicado: «El Proponente nacional podrá subsanar la falta de presentación de la cédula de ciudadanía o del certificado de existencia y representación legal para acreditar el requisito habilitante de capacidad jurídica. No obstante, no podrá subsanar esta circunstancia para la asignación del puntaje por Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional»⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. el numeral 1.6 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, versión 3, vigentes. En: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/03-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-versión>

⁵⁹ Ibid., numeral 4.3.1.1.



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código:

CCE-DES-FM-17

Fecha:

03 de noviembre de 2021

Página 85 de

1

«3. Si bien el decreto propone que los criterios diferenciales, en materia de emprendimientos y empresas de mujeres Mipymes, se establezcan desde el estudio del sector, consideramos que dichos criterios deben ser resultado de que el proceso efectivamente quede limitado a Mipymes por cuanto desde el análisis del sector no se puede establecer si las empresas son con participación de más del 50% de mujeres o sus cargos directivos son de mujeres, igual sucede con las Mipymes y el amplio espectro empresarial sin identificar su tamaño».

Como se dijo en una respuesta anterior, se deben diferenciar varias circunstancias: i) la limitación de una convocatoria a mipymes –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021–, ii) el establecimiento de criterios para mipymes en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–, y iii) la fijación de criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas., regulada en el artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021.

La limitación de las convocatorias a mipymes, indicada en el literal i) de esta respuesta, procede si se dan los requisitos establecidos en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 –según el caso–, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, uno de los cuales es la recepción de «solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas».

Por su parte, los requisitos diferenciales y puntajes adicionales, a los que aluden los literales ii) y iii) señalados en esta respuesta, deben incluirse de acuerdo con los resultados del análisis del sector, es decir en la fase de planeación. Sin perjuicio de ello, en el proceso de selección se deberán tener en cuenta las definiciones 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 –entre las cuales, como se indicó en este concepto, se utiliza el estándar del 50% al que usted alude para ciertos tipos de emprendimientos o empresas de mujeres–. Esto para determinar si quien presenta su oferta cumple o no con esta calidad.

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

Atentamente,



Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Montoya Penagos
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE