



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 09 Junio 2022

Señora

**Laura Alejandra Barragán Montenegro**

Bogotá D.C

**Radicación:** Respuesta a lo Radicado No. P20220428004155

Estimada señora Barragán Montenegro:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11.8 y 3.5 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la petición del 28 de abril de 2022, en la cual –analizando el contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, que regula los incentivos para Mipymes en el sistema de compras públicas, y en comparación con el artículo 2.2.1.2.4.2.15 *ibidem*– realiza la siguiente pregunta: «¿Es obligatorio o potestativo establecer condiciones habilitantes diferenciales y puntajes adicionales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos para los emprendimientos y empresas de mujeres?».

Al respecto, el Gobierno Nacional expidió el 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 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». Concretamente, el artículo 3 *ibidem*, el cual adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.15 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, reglamentó los criterios diferenciales para Mipyme, emprendimientos y empresas de mujeres.

*Por un lado*, los criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres incluidos en el Decreto 1860 de 2021 únicamente se aplicarán a los proponentes que acrediten alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015. Asimismo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 *ibidem* dispuso reglas objetivas que garantizan una aplicación uniforme de los criterios diferenciales a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, los cuales se



concretan tanto en requisitos habilitantes diferenciales como en puntajes adicionales.

En este sentido, se determinó que las entidades *deberán incorporar* en los documentos del proceso requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta. Esto significa que para la determinación de los criterios diferenciales para emprendimiento y empresas de mujeres, las entidades podrán escoger uno o algunos de estos requisitos habilitantes, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato. En tal sentido, 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 emprendimientos y empresas de mujeres.

Igualmente, el decreto dispone que, con excepción de los procedimientos de selección donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las entidades *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 Decreto 1082 de 2015. De esta forma, con fin de preservar el principio de selección objetiva en la aplicación del incentivo, dispuso un porcentaje techo para el respectivo puntaje adicional, lo que significa que las entidades pueden otorgar el puntaje máximo de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos o un puntaje menor.

Según la norma en comento 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.

Como se observa, en relación con requisitos diferenciales y con el puntaje adicional en favor de emprendimientos y empresas de mujeres, la norma contiene un mandato de obligatorio cumplimiento. Esto al señalar, por una parte, que las Entidades «[...] deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales [...]» y por la otra, que «[...] también otorgarán un puntaje de hasta el cero punto veinticinco por ciento [...]», lo que supone que deberá incluirse en los procesos de selección señalados en la norma. Lo anterior es congruente con el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento, pues dispone que «[...] las entidades estatales *incluirán* requisitos diferenciales y puntajes adicionales [...] como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas [...]» (Énfasis fuera de texto).

De esta forma, lo dispuesto tanto en la ley como en el reglamento constituye el ejercicio de una potestad reglada, pues mediante los verbos imperativos «incluirán»,



«deberán incorporar» y «otorgarán» se dispone de forma expresa una obligación a la cual deben sujetarse las entidades que adelantan el proceso de contratación. Como explica la doctrina, «Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto»<sup>1</sup>.

En lo relativo a la aplicación de los criterios diferenciales para proponentes plurales en los que participen empresas y emprendimientos de mujeres, el decreto señala que los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán cuando por lo menos uno de los integrantes acredita la condición emprendimientos y empresas de mujeres y tiene una participación de al menos el diez por ciento (10%) en la estructura plural. De esta manera, los emprendimientos y empresas de mujeres se verán beneficiados de los referidos incentivos por la presentación de ofertas a través de proponentes plurales, en los que pueden asociarse con otras empresas o proponentes que fortalezcan sus capacidades y experiencia.

Finalmente, el parágrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 señala que 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. Esto significa que los criterios diferenciales que favorezcan a los proponentes que acrediten la calidad de emprendimiento y empresas de mujeres se acumulan con los criterios diferenciales establecidos en favor de aquellos que también ostentan la calidad de Mipyme.

*Por otra parte*, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 también adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.18 al Decreto 1082 de 2015, el cual regula los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Conforme a esta norma, las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán requisitos habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

Para estos efectos, de manera análoga a lo dispuesto en la regulación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 estableció que, 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: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

<sup>1</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Parte General*, t. 1 (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013), V.2.

Asimismo, el decreto dispone que, 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 que en ningún caso podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

En lo relativo a la aplicación de los criterios diferenciales y puntajes adicionales para los proponentes plurales 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 en la unión temporal. Asimismo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 los criterios diferenciales y puntajes adicionales en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas aplican sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado Colombiano y no se aplicarán cuando se limiten las convocatorias a Mipyme en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto.

En relación con requisitos habilitantes diferenciales en favor de las Mipymes en el sistema de compras públicas, la norma contiene un mandato de obligatorio cumplimiento al señalar que las Entidades «deberán» incorporarlos, lo que supone el ejercicio de una potestad reglada, teniendo en cuenta que el Decreto señala específicamente lo que la entidad debe hacer en el caso concreto<sup>2</sup>. *Contrario sensu*, en relación con los puntajes adicionales en favor de las Mipymes el reglamento dispone una facultad discrecional para las entidades, pues dispone que estas «*podrán*» establecerlos<sup>3</sup>. En este sentido, las entidades se encuentran frente a una disposición que le confiere «[...] cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera»<sup>4</sup>.

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en este concepto, las reglas contempladas por el Decreto 1860 de 2021, en favor de las Mipymes, emprendimientos y empresas de mujeres, están dirigidas a estimular la participación de estas en los procesos de contratación, en la medida que su aplicación busca garantizar que puedan, efectivamente, vincularse como proveedoras al mercado de compras públicas. En este sentido, las entidades estatales estarán obligadas a incluir *criterios habilitantes diferenciales* en favor de Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres en los procesos de selección que determina la norma para tal fin. Por otra parte, en relación con los *puntajes adicionales* dispuestos en el mencionado reglamento, será obligatoria

<sup>2</sup> Esto es congruente con el artículo 33.1 de la Ley 2069 de 2020, pues dispone que, con el fin de promover el acceso de las Mipymes al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, «*Deberán* en el Análisis de Sector identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de *definir* reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación» (Énfasis fuera de texto).

<sup>3</sup> Esto guarda armonía con el inciso primero artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, en la medida que prescribe 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» (Énfasis fuera de texto).

El artículo 31 también dispone que las entidades *podrán* incluir requisitos diferenciales. Sin embargo, el precitado artículo 33.1 *ibidem* establece la obligación de *definir* reglas que promuevan y faciliten la participación de Mipymes en los procesos de contratación. Teniendo en cuenta la antinomia entre ambas disposiciones, el artículo 5.2 de la Ley 57 de 1987 prescribe que «Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior [...]». En esta medida, los requisitos habilitantes diferenciales para Mipymes son obligatorios conforme al artículo 33.1 de la Ley de Emprendimiento.

<sup>4</sup> *Ibidem*.



Compartido por:



su inclusión en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, y potestativo para el caso de las Mipymes.

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: Carlos Mario Castrillón Endo  
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



**Colombia Compra Eficiente**

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



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)