

DOCUMENTO DE SOPORTE TÉCNICO	
Entidades Participantes:	Ministerio de Defensa, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y el Departamento Nacional de Planeación
Proyecto de Decreto Reglamentario:	<i>"Por el cual se reglamenta el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan dos artículos 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.</i>
1. ANTECEDENTES, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA	
<p>El 12 de julio de 2018 se expidió la Ley 1920 de 2018 <i>"Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. ley del vigilante"</i>, la cual tiene como propósito esencial establecer un marco regulatorio para el adecuado desempeño de la labor del personal operativo de vigilancia.</p> <p>El artículo 6 de la mencionada Ley dispuso que el Gobierno nacional debía reglamentar la manera de establecer una puntuación adicional como incentivo para la vinculación de mujeres, personas con discapacidad o mayores de 45 años en los procesos de contratación pública, de la siguiente manera:</p> <p><i>"El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas.</i></p> <p><i>Igualmente, las empresas y cooperativas de vigilancia privada propenderán por aumentar dentro de su personal operativo en contratos que celebren con entidades no estatales, el número de mujeres, personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas"</i>.</p> <p>En aras de cumplir dicho mandato legal, se realizaron varias mesas de trabajo, en las cuales intervinieron, la Consejería Presidencial para la Participación de las Personas con Discapacidad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Defensa, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y el Departamento Nacional de Planeación, con el propósito de elaborar de manera conjunta un articulado acorde con la realidad del sector.</p> <p>Dentro del plan de trabajo trazado, se identificaron los elementos para efectuar la reglamentación que se resumen en los siguientes aspectos: i) población beneficiaria de la reglamentación, ii) Determinación de la puntuación adicional en los procesos de contratación pública, iii) Modalidades de Contratación para la aplicación del incentivo y iv) proponentes que pueden obtener el incentivo</p> <p>1) <u>Población beneficiaria del incentivo de la reglamentación</u></p> <p>En la Ley 1920 de 2018 se estableció que el puntaje adicional de que trata este Decreto se dirige a las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas. Así mismo, en el artículo 2 de la mencionada Ley, se señaló la definición de personal operativo; no obstante, para la expedición del Decreto se consideró la necesidad de establecer una definición más amplia en la que fuera posible distinguir</p>	

el personal operativo del personal administrativo y se acogió por tanto lo señalado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como órgano técnico en el sector.

En la Ley 1618 de 2013 en su artículo 2¹ se definió "Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás."

2) Determinación de la puntuación adicional en los Procesos de Contratación Pública

Al respecto, la determinación de puntuación se fundamentó en la metodología diseñada en el Decreto reglamentario No. 392 de 2018, sobre incentivos en procesos de contratación en el 2018 en favor de personas con discapacidad², la cual consistió en hacer un análisis de los contratos que fueron celebrados y publicados en el SECOP I y II en el año 2018, mediante las modalidades de Licitación Pública y Concurso de Méritos, evaluando posteriormente el porcentaje de diferencia entre el adjudicatario y el segundo proponente para las dos modalidades descritas, determinando entonces el porcentaje de diferencia entre estos dos proponentes, concluyendo con un rango diferenciador para la adjudicación del proceso, porcentaje que se utilizó como límite para otorgar dicho incentivo.

Teniendo en cuenta este insumo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) indicó en oficio No. 2201913000006289 del 27 de agosto de 2019, suscrito por el Subdirector de Gestión Contractual, radicado en el DNP bajo No. 20196630454482 del 28 de agosto de 2019, lo siguiente:

" (...) Según CCE el incentivo establecido por la Ley del Vigilante no debe ser el criterio más importante en la adjudicación del contrato, este incentivo debe ser apenas un puntaje adicional que por sí solo no defina quién es el ganador del proceso, pues lo fundamental debe seguir siendo la calidad y el precio del servicio de vigilancia y seguridad privada.

Con los antecedentes del principio de selección objetiva y del análisis estadístico realizado, se concluye que en ningún caso el porcentaje de puntaje adicional como incentivo podrá ser mayor a 7,05%, pues un puntaje mayor determinaría quién gana el proceso, y cualquier porcentaje menor de puntaje adicional en promedio no es determinante para seleccionar al adjudicatario.

Teniendo en cuenta que la Ley del Vigilante ordena considerar a 3 grupos poblacionales diferentes y dado que en promedio los proponentes ganadores se imponen con una diferencia de 7,05% de puntos, CCE propone, para reglamentar el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, un puntaje adicional de incentivo del 3% del total de puntos de la oferta, pues según la muestra analizada dicho porcentaje, en promedio, no determinará quién ganará o no el proceso, además permite que los criterios de calidad y precio puedan seguir siendo los de mayor peso en la evaluación de las ofertas, y adicionalmente dicho porcentaje permite otorgar un 1% a cada uno de los grupos poblacionales de forma separada".

3) Modalidades de Contratación para la aplicación del incentivo

El artículo 6 de la Ley 1920 del 2018 dispuso que la puntuación adicional sería para los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en el personal operativo tengan mujeres, personas con discapacidad y/o personas de 45 años, contratados con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas; sin embargo se hace necesario mencionar lo siguiente respecto de las modalidades de selección:

3.1.) Modalidades de selección en general

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, señala las cuatro (4) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, de acuerdo con lo señalado anteriormente, seleccionó 3 de las 4 modalidades de la Ley 1150 de 2007 para otorgar incentivos, descartando la selección

¹ "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad"

² Decreto 392 de 2018 "Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad"

abreviada, por lo cual en este acápite no se estudiará esa modalidad³. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección del artículo 2: "A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto".

Ahora bien, las modalidades de selección de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, se pueden dividir en i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: "la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado". Por tanto, la licitación pública y el concurso de méritos son modalidades de selección competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas existe participación de varios proponentes al existir una fase pública de presentación de ofertas, que permite que todas las personas interesadas concurren al proceso en igualdad de condiciones. Esto es contrario a la modalidad de selección de contratación directa que no es competitiva, es decir que no es abierta a los proponentes para que presenten sus ofertas, sino que es la entidad la que señala, de forma directa y no pública, a la persona que puede participar.

Lo anterior se complementa con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2009 de la Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, que estudió la constitucionalidad de los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, en la cual trató los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública:

"(...) La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

(...)

De conformidad con el alcance dado al principio de libre concurrencia, encuentra la Sala que no vulnera el artículo 333 de la Carta, el no otorgamiento de puntaje a las condiciones del oferente, previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, porque lo que garantiza la Constitución es la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual, y la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa, además, que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no hacen presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la administración".

De esta manera, a continuación se estudiará cada una de las modalidades de selección señaladas en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, con el fin de establecer si a esas modalidades les aplica el incentivo de puntuación adicional que el Gobierno Nacional debe reglamentar.

³ Ley 1920 de 2018: "artículo 6. Incentivos para la vinculación de mujeres, personas mayores o en condición de discapacidad. El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas.

"Igualmente, las empresas y cooperativas de vigilancia privada propenderán por aumentar dentro de su personal operativo en contratos que celebren con entidades no estatales, el número de mujeres, personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas".

3.1.1) Licitación Pública

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, numeral 1, establece que esta modalidad de selección es la regla general⁴, lo cual quiere decir que si las características de un objeto que se pretende contratar no corresponden a las reglas señaladas para alguna de las otras modalidades de selección reguladas en la ley, la entidad debe utilizar la licitación pública para contratar el bien o servicio que satisface su necesidad.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 30, define la licitación pública: "para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable". Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado No. 14.390, del 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, destaca las características de la licitación pública:

"(...) 1) Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones. 2) Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es, al pliego de condiciones. 3) De las propuestas la Administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato. 4) El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la Administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones".

A su vez el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado No. 18.293, del 27 de abril de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, identifica características adicionales de la licitación pública, en especial la ponderación de las ofertas para elegir la más favorable, lo cual quiere decir que esta modalidad de selección debe fijar factores puntuables en el pliego de condiciones, con el fin de dar un peso a algunos aspectos de la oferta que permitan seleccionarla o diferenciarla objetivamente de las demás, por ser la mejor:

"(...) En el proceso de licitación pública, la administración, so pena de que se incurra en un vicio de nulidad en el acto de la adjudicación o de la declaratoria de desierta del mismo y por ende, en responsabilidad, está obligada a respetar la totalidad de los principios que lo rigen y los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones, los cuales debe analizar y evaluar con el fin de determinar y elegir en forma motivada el ofrecimiento más favorable, dado que la favorabilidad no podrá determinarse por factores diferentes a los contenidos en el pliego frente a su comparación o cotejo con las propuestas presentadas con las cuales se pretende acreditar las condiciones exigidas.

El concepto jurídico indeterminado 'ofrecimiento más favorable', previsto en el artículo 29 original de la Ley 80 de 1993, es susceptible de concreción por el juez en sede de revisión de la legalidad y razonabilidad del estudio comparativo de las propuestas presentadas en el respectivo proceso, por cuanto la actividad de valoración de las ofertas y la decisión de la adjudicación del contrato no son discrecionales ni arbitrarias, sino reglada, en tanto a la administración en el procedimiento administrativo de licitación pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones y de la forma de ponderarlos y por lo mismo, se encuentra obligada a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los puntos exigidos y adjudicar al proponente que supera a los demás.

Lo anterior, porque, como se señaló, de conformidad con la Ley 80 de 1993 (art. 29 original), la facultad que tiene la entidad pública de adjudicar es reglada, pues tiene el deber de seleccionar la propuesta en forma objetiva, esto es, aquella que resulta ser más favorable para la Administración y los fines de la contratación, luego de aplicar los criterios y factores previstos de antemano en el pliego de condiciones previamente elaborado, el cual una vez expedido deviene en inalterable e inmodificable".

De acuerdo con lo expuesto, es posible concluir que a la licitación pública le aplica la puntuación adicional que debe reglamentar el Gobierno, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, ya que en esta

⁴ Ley 1150 de 2007: "artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

"1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo".

modalidad la entidad debe establecer factores puntuables, técnicos y económicos, que permitan ponderar las ofertas, es decir, darles un peso que permita diferenciarlas objetivamente⁵.

3.1.2) Concurso de Méritos

Es la modalidad de selección por la cual la entidad estatal contrata servicios de consultoría y proyectos de arquitectura que tienen un alto contenido de trabajo intelectual⁶. En los concursos de méritos la entidad hace uso de factores de calificación que privilegian aspectos técnicos de la propuesta, experiencia y formación del proponente, excluyendo el precio como factor de escogencia. Esta modalidad puede realizarse por concurso abierto o por precalificación, y la entidad decide si conforma una lista de precalificados en aquellos procesos en los que requiera un mayor grado de especialidad y la entidad busque propuestas con un nivel técnico superior. En el último caso, la Entidad establecerá una lista de precalificados mediante convocatoria pública y las ofertas técnicas sólo se presentan por quienes hayan conformado dicha lista⁷.

Por lo anterior, en esta modalidad de selección las entidades fijarán en el pliego de condiciones factores puntuables técnicos y calificarán la experiencia específica del proponente y de su equipo de trabajo, con lo cual la conclusión es que el puntaje adicional reglamentado en el decreto objeto de esta memoria justificativa, en principio, se puede aplicar al concurso de méritos, ya que existe ponderación de ofertas, es decir las entidades fijan criterios de puntuación en el pliego de condiciones.

No obstante, es necesario analizar los objetos contractuales que se ejecutan en los procesos adelantados mediante concurso de méritos, que como ya se mencionó, tienen la característica de estar relacionados con el intelecto, el saber académico o altos niveles de conocimiento en el área de que se trate⁸. Así pues, al analizar la naturaleza y elementos propios del servicio de vigilancia y seguridad privada, no corresponden con las necesidades que las entidades satisfacen al contratar personal con altos estándares a nivel intelectual o de conocimiento, ya que el personal que presta el servicio de vigilancia cuenta con una experticia en área distintas a las académicas y propias de la seguridad que brindan al defender bienes o personas, por lo que esta modalidad de selección está excluida de la aplicación del puntaje adicional del artículo 6 de la Ley 1920 de 2018. Esto se confirma con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado No. 10.963, del 15 de junio de 2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, donde se ejemplifican los objetos contractuales que corresponden al concurso de méritos:

“En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v.gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los contratos intuitu personae en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección.

Como se observa, en este tipo de procedimiento el criterio para adjudicar difiere con respecto al de la licitación, porque a pesar de compartir muchos elementos con ésta, en el concurso de méritos las condiciones económicas de la propuesta no resultan tan decisivas al momento de la adjudicación, toda vez que al evaluar las mismas se atiende a factores tales como la idoneidad que pueda tener el contratista desde el punto de vista intelectual o técnico para ejecutar la labor materia del contrato y la propuesta económica pueda negociarse y modificarse, circunstancia que no sólo es extraña en un procedimiento licitatorio sino que está prohibida, ya que en principio el valor de la propuesta es inmodificable”.

⁵ Congreso de la República, Gaceta 458 de 2005, exposición de motivos, Ley 1150 de 2007: si bien la Licitación Pública sigue siendo la regla general, la misma pasa a reservarse para los procesos en los que la complejidad del objeto a contratar amerita la larga y cuidadosa ponderación de factores técnicos y económicos de las propuestas. El proyecto prevé en cualquier caso, la posibilidad de hacer uso de mecanismos de subasta para la conformación de la oferta de los proponentes, superando las limitaciones del sistema de “sobre cerrado” y “extrayendo valor” para la entidad contratante, fruto de la exposición al mercado de las posturas de los interesados.

⁶ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.3.1. Procedencia del concurso de méritos. Las Entidades Estatales deben seleccionar sus contratistas a través del concurso de méritos para la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de arquitectura.

El procedimiento para la selección de proyectos de arquitectura es el establecido en los artículos 2.2.1.2.1.3.8 al 2.2.1.2.1.3.25 del presente decreto.

⁷ Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 3. Concurso de méritos: corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado

⁸ Congreso de la República, Gaceta 458 de 2005, exposición de motivos, Ley 1150 de 2007: se crea una nueva modalidad de selección denominada “Selección de Consultores” (concurso de méritos), pensada para aquellos casos en que la entidad requiere de la contratación de servicios especializados con alto contenido de trabajo intelectual y en la que se busca crear las bases para que las entidades contraten las mejores ofertas privilegiando las condiciones técnicas de la propuesta y de experiencia y formación del oferente. Con este enfoque se pretende superar la tendencia que tanto daño ha hecho a la industria de la consultoría nacional, de evaluar las ofertas de “materia gris” con base en el precio, situación esta que lleva a pauperizar el ejercicio de las disciplinas intelectuales y a deteriorar la calidad del servicio que reciben las entidades estatales a este respecto, dentro de los cuales la labor de interventoría de obra sería un buen ejemplo. Paréntesis fuera del texto.

A su vez se precisa que sin perjuicio de que las empresas de vigilancia y seguridad privada o las cooperativas de vigilancia y seguridad privada que tengan servicio conexo autorizado puedan suscribir contratos con las entidades estatales bajo la modalidad de concurso de méritos, se entiende que dicha contratación se ejerce por virtud del servicio conexo de asesoría, consultoría o investigación, en la cual prima su actividad conexa y no principal.

3.1.3. Contratación directa

Esta modalidad de contratación es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya que es una excepción al principio de libre concurrencia y libre competencia que aplica a los procesos de contratación para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. En la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad señala directamente y la invita a ofertar el servicio que se requiere.

En estos casos el proponente es único lo cual implica que el proceso será simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo, sin que esto implique que no se deban garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Ahora bien, existe una diferencia fundamental con las modalidades ya mencionadas (licitación pública y concurso de méritos): en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, ya que la entidad recibe solo una. Al respecto el Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, radicado No. 1.727, del 20 de febrero de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

"(...) Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado 'contratación directa' es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993".

De acuerdo con la argumentación expuesta, el Decreto reglamentario del artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 solo aplica en la modalidad de licitación pública, teniendo en cuenta que en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas y respecto al concurso de méritos no aplica al objeto contractual de vigilancia y seguridad privada.

4) Proponentes que pueden obtener el incentivo

De conformidad con lo dispuesto en la Ley que se reglamenta, son las Empresas de Vigilancia y Seguridad Privada y las Cooperativas Especializadas de Vigilancia y Seguridad Privada los sujetos destinatarios del incentivo de contratación por lo que, para efectos del presente Decreto, se efectuaron las respectivas definiciones.

Las EMPRESAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA se constituyen bajo el amparo del Derecho Societario regulado por el Código de Comercio, las COOPERATIVAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA se encuentran sometidas a la normatividad establecida para las organizaciones solidarias, no obstante ello, las dos formas jurídicas se encuentran avaladas para la **"prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada con armas de fuego o con cualquier otro medio humano, animal, tecnológico o material"**⁹.

El artículo 8 del Decreto Ley 356 de 1994¹⁰ indica lo siguiente:

ARTÍCULO 8o. DEFINICION. *Se entiende por empresa de vigilancia y seguridad privada, la sociedad de responsabilidad limitada legalmente constituida, cuyo objeto social consista en la prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada, en la modalidad de vigilancia fija, móvil y/o escoltas, mediante la utilización de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 6 de este decreto.*

⁹ Numeral 1 del Artículo 4 de Ley 356 de 1994

¹⁰ Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada

PARAGRAFO 1o. *Las sociedades que se constituyan para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada en los términos de este artículo, tendrán como único objeto social la prestación de estos servicios salvo el desarrollo de servicios conexos, como los de asesoría, consultoría o investigación en seguridad. (...)* (Negrilla fuera de texto)

Según lo dispuesto, la Ley consagra como excepción al objeto social único de las empresas de vigilancia y seguridad privada, la prestación del servicio conexo de asesoría, consultoría o investigación en seguridad, es decir, la posibilidad de prestar dos (2) servicios de vigilancia y seguridad privada bajo el amparo de una misma personería jurídica.

Por su parte, el servicio de asesoría, consultoría e investigación es aquel servicio prestado por una sociedad legalmente constituida o por personas naturales, cuyo objeto es la identificación y prevención de riesgos de seguridad de empresas, personas o bienes, por medio de estudios, conceptos y recomendaciones con el fin de disminuirlos o mitigarlos, dentro de este servicio no existe personal operativo sino personas acreditadas o licenciadas como asesores, consultores o investigadores de forma individual, por parte de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

A su vez, la ley 1920 de 2018 hace referencia a las cooperativas especializadas, sin embargo, el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada acota otras disposiciones para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 23. DEFINICION. Se entiende por cooperativa de vigilancia y seguridad privada, la empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores, son simultáneamente los aportantes y gestores de la empresa, creada con el objeto de prestar servicios de vigilancia y seguridad privada en forma remunerada a terceros en los términos establecidos en este Decreto y el desarrollo de servicios conexos, como los de asesoría, consultoría e investigación en seguridad.

PARAGRAFO 1o. Únicamente podrán constituirse como cooperativas de vigilancia y seguridad privada, las cooperativas especializadas.

PARAGRAFO 2o. Las cooperativas constituidas con anterioridad a la publicación del presente Decreto, podrán conservar su naturaleza jurídica sin perjuicio de lo establecido en este artículo.”

Así las cosas, las cooperativas que prestan servicios de vigilancia y seguridad privada son por su objeto, especializadas y pueden prestar adicionalmente el servicio conexo de asesoría, consultoría e investigación.

En este orden de ideas, resulta preciso referirnos a las cooperativas de vigilancia y seguridad privada cuyo régimen y supervisión se encuentran adscritas al Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada y a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Ahora bien, para determinar el alcance de la expresión “contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas” del artículo que se reglamenta, el Ministerio de Trabajo precisó que para contratar a personas mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad no son otras las garantías que las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST).

En el mencionado código se define el trabajo como toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo, que puede ser verbal o escrito de acuerdo con el artículo 37 del mismo, y que se refieran a actividades normales del empleador.

El contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 46 y 47 del CST puede de ser: (i) a Término Fijo cuando esté determinado por la obra o naturaleza de la labor contratada o se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, o (ii) a Término Indefinido cuando subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Para las Cooperativas Especializadas de Vigilancia y Seguridad Privada, tratándose de asociados a cooperativas de trabajo asociado, las relaciones de trabajo se rigen por los correspondientes regímenes de trabajo asociado o de compensaciones, según el caso.

2. Las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.

La facultad reglamentaria está señalada en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P. y el artículo 6° de la Ley 1920 de 2018, en el cual se dispuso los incentivos para la vinculación de mujeres, personas mayores o en condición de discapacidad y se determinó que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario en la materia.

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece 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” o precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella¹¹.

Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional¹², a saber:

1. Necesidad: consiste en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva¹³;
2. Finalidad: tiene que ver con el contenido material de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones que dicte el Gobierno Nacional en ejercicio de dicha potestad están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos. Este último elemento, se encuentra asociado por demás al respeto del principio de supremacía normativa, pues el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución.¹⁴

En efecto, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, ya que busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto. Los límites de esta facultad han sido desarrollados por la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial por la Corte Constitucional, quien a modo de subreglas¹⁵ ha establecido ciertos límites a la misma¹⁶:

1. La potestad reglamentaria se ve restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos. Tanto así, que se ha manifestado que la misma es inversamente proporcional a la extensión de la ley.
2. El Presidente no podrá establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuere supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico;
3. Cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes sólo puede ser definida por el propio legislador;
4. El ejercicio de la función reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria;
5. La potestad reglamentaria no puede incluir requisitos adicionales a los previstos en la ley y,
6. No le es posible al Gobierno desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la Administración.

2.1 La vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada.

El Artículo 6° de 1920 de 2018, objeto de reglamentación del presente decreto, está vigente desde el 12 de julio de 2018.

3. El ámbito de aplicación del respectivo acto y los sujetos a quienes va dirigido

El Decreto Reglamentario tiene aplicación a nivel nacional y debe ser observado por todas las Entidades Estatales que adelanten Procesos de Contratación en la modalidad de Licitación Pública. Respecto a quien va dirigida esta Reglamentación corresponde a las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en su personal operativo cuenten con mujeres, personas mayores de cuarenta y cinco años y personas en condición de discapacidad.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854.

¹² Sentencia C 810 de 2014, Corte Constitucional.

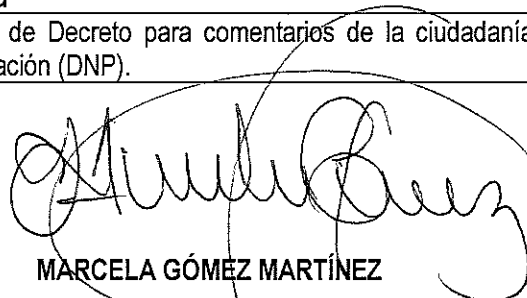
¹³ Al respecto, el Congreso puede dictar normas minuciosamente detalladas, en cuyo caso no será necesaria la expedición de decretos reglamentarios; o puede limitarse a dictar una ley de contenidos generales y dejar al Gobierno nacional la potestad de completar todos los aspectos que sean necesarios para su correcta ejecución. Por su parte, no puede el presidente saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de reglamentación por el legislador, pues si se repite con exactitud el contenido de las normas reglamentadas se violaría el principio conocido como "prohibición de tautología legal". Ver Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta; Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez; Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973).

¹⁴ De acuerdo con la Sentencia C 037 de 2000, si bien la Constitución Política no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes.

¹⁵ Ver entre otras, las Sentencias C 162 de 2008; C823 de 2011; C 810 de 2014; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón; Bogotá, D.C., veintuno (21) de octubre de dos mil diez (2010); Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05). Acción de Nulidad en contra del Decreto 306 de 2004; Sala de lo Contenciosos Administrativo – Acción Pública de Nulidad en contra del Decreto 3512 de 2003 (parcial), Exp. 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615) del 29 de abril de 2015.

4. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas
El presente acto adiciona dos artículos 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.
5. Impacto económico, si es el caso, el cual deberá señalar el costo o ahorro de implementación del respectivo acto.
No será necesario disponer de medios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o del Departamento Nacional de Planeación para que los destinatarios del proyecto de Decreto pongan en práctica el contenido de este. El proyecto no tiene impacto en el Presupuesto General de la Nación (PGN), y no genera impacto fiscal, no implica la erogación de recursos públicos.
6. Disponibilidad presupuestal
De acuerdo con el punto anterior, el decreto no requiere disponibilidad presupuestal.
7. Impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación
No se genera impacto ambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, es decir, no existe ningún tipo de consecuencia, afectación o cambio con la implementación del presente Proyecto de Decreto Reglamentario.
8. Impacto cultural / patrimonio cultural de la nación
No se genera impacto en el Patrimonio Cultural de la Nación, es decir no existe ningún tipo de consecuencia, afectación o cambio en estos sectores – aspectos con la implementación del presente Proyecto de Decreto Reglamentario.
9. El cumplimiento de los requisitos de consulta
El deber de "Consulta Previa" consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 – Convenios 107 de 1957 y 169 de 1989 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), en la Constitución Política de Colombia de 1991, en la Ley 21 de 1991, la Ley 70 y 99 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 1098 de 2006, la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1345 de 2010, el Decreto 1609 de 2015, para el contenido del presente proyecto de Decreto, no aplica.
10. Cualquier otro aspecto que la entidad remitente considere relevante o de importancia para la adopción de la decisión
No aplica
11. Requisito de Publicidad
Se publica el presente proyecto de Decreto para comentarios de la ciudadanía en la página web del Departamento Nacional de Planeación (DNP).

13 MAR 2020



MARCELA GÓMEZ MARTÍNEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica Departamento Nacional de Planeación

