



Entidad originadora:	<i>Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.</i>
Fecha (dd/mm/aa):	<i>30/06/2021</i>
Proyecto de Decreto/Resolución:	<i>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</i>

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

1.1 Antecedentes

La Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020 “*Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*” establece un marco regulatorio que propicia el emprendimiento, crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad. Según la exposición de motivos, la Ley de Emprendimiento “*(...) 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*”¹.

En desarrollo de lo anterior, el Capítulo III del Título I de la Ley 2069 de 2020 crea una serie de incentivos para las Mipymes, los emprendimientos y empresas de mujeres interesadas en celebrar contratos con el Estado y el fomento en la ejecución de contratos de la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional. Para introducir estos incentivos, el capítulo modifica varias disposiciones que rigen el sistema de compra pública, las cuales tienen impacto en distintas normas legales y reglamentarias.

En primer lugar, es necesario tener presente que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula la modalidad de selección de mínima cuantía, así las cosas, modifica el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. La norma conserva en términos generales el contenido del artículo modificado, que define los aspectos generales del procedimiento contractual de mínima cuantía. No obstante, el párrafo primero introduce la posibilidad de que las Mipymes realcen las adquisiciones derivadas de estos procedimientos. Así mismo, la modificación hecha al párrafo segundo, al eliminarse la restricción de aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, permite limitar los procedimientos de mínima cuantía a la participación exclusiva de Mipymes.

Por otra parte, el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introduce la posibilidad de aplicar 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, tendientes a la

¹ Gaceta del Congreso N° 959 Año XXIX - Bogotá, D. C., 21 de septiembre de 2020.



promoción del acceso de las Mipymes al mercado de Compras Públicas. Al respecto, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la mencionada Ley disponen, respectivamente que, el Gobierno nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, estableciendo reglas objetivas para su implementación, las cuales priorizarán la contratación de producción nacional, sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados.

El artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, de manera análoga a lo dispuesto en el artículo anterior, regula criterios diferenciales para los “*emprendimientos y empresas de mujeres*” en el sistema de compras y contratación pública. En relación con estos, el inciso primero de la norma prescribe que, con sustento en el 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 de la Administración Pública. Estos criterios diferenciales son medidas de acción afirmativa que incentivan los “*emprendimientos y empresas de mujeres*” que se vinculen como proveedores al sistema de compras públicas. Al igual que el artículo anterior, el artículo 32 alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior, al establecer que el Gobierno nacional reglamentará la definición de “*emprendimientos y empresas de mujeres*”.

De otro lado, el artículo 34 que modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, regula la limitación de procesos de selección a la participación exclusiva de Mipymes, reconociendo en su inciso primero la necesidad de que el Gobierno nacional defina las condiciones y montos para la adopción de convocatorias limitadas a Mipymes. Lo anterior, teniendo en cuenta que esta norma propició el decaimiento de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 al 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015 que regulaban la limitación a Mipymes, al subrogar las norma que les servía de fundamento.

A su vez, el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 dispone la incorporación en los pliegos de condiciones 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. Según este inciso, la incorporación está sujeta a las condiciones que señale el reglamento y a que los referidos mecanismos garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

En cuanto a los criterios de desempate, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 define un nuevo marco jurídico. Este no solo dispone unos nuevos criterios de desempate para los Procesos de Contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que extiende su aplicación a los procesos de selección 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 patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales. Pese a que es una norma de aplicación directa, no establece la forma de acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de sus numerales, por lo que es necesaria la intervención del reglamento para la debida aplicación de los factores de desempate, de manera que se estandarice la forma en que se acreditan los mismos, lo que brindará mayor seguridad jurídica en cuanto a su aplicación por parte de las entidades estatales, aspecto que resulta fundamental para garantizar la selección objetiva de los contratistas del Estado.

Conforme con lo anterior y con el fin de implementar estas disposiciones de la Ley 2069 de 2020 es necesario modificar el Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de



Planeación Nacional, con el fin de incorporar una regulación detallada de las normas anteriormente citadas, que permita garantizar la efectividad de la Ley de Emprendimiento en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley. La expedición de estas normas reglamentarias no solo se fundamenta en las atribuciones realizadas al Gobierno nacional en el articulado de la Ley 2069 de 2020, sino también en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, según el cual 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.

1.2 Razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición

El Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 contiene disposiciones relevantes para el desarrollo de Procesos de Contratación con cargo a recursos públicos. De tal modo que, los artículos 30, 34 y 35 tienen impacto en las disposiciones legales y reglamentarias a través de las cuales las entidades estatales desarrollan los procedimientos con los que proveen sus necesidades de bienes y servicios, mientras que los artículos 31 y 32 introducen nuevos incentivos contractuales, cuya eficacia amerita una reglamentación detallada. En ese sentido, la reglamentación de las normas señaladas es relevante para que las entidades estatales y, en general quienes contratan con cargo a recursos públicos, puedan desarrollar su gestión contractual conforme al nuevo marco normativo derivado de la Ley de Emprendimiento, aplicando los incentivos establecidos en favor de las Mipymes, emprendimientos y empresas de mujeres y demás grupos poblacionales a los que se refieren las disposiciones citadas.

En el presente acápite se explicarán las razones que justifican la adopción de la reglamentación de los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020. Particularmente, se explicará que la eficacia de algunos artículos está condicionada por la expedición de normas que los reglamenten, conforme expresamente se reconoce en la Ley mencionada. De otra parte, se precisará que algunos artículos, a pesar de aplicarse directamente desde la promulgación de la Ley, requieren reglamentación a efectos de garantizar su cumplida ejecución.

1.2.1 Procedimientos adelantados en la modalidad de mínima cuantía y limitación a Mipymes

El artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la modalidad de mínima cuantía. En el marco de 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. Esta modalidad dispone 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*”².

² 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 reciban, 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).



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 definía los aspectos generales del procedimiento contractual³. 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”*.

Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a Mipymes los procedimientos adelantados en la modalidad de mínima cuantía, ya que el artículo 94 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. En armonía con lo anterior, el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, dispone que *“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 expresamente 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. Como se observa, el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular las particularidades del procedimiento de selección, dentro de las que es necesario definir los requisitos y condiciones en atención a los cuales se podrán limitar a Mipymes este tipo de procedimiento.

La reglamentación del procedimiento de mínima cuantía reviste particular importancia, teniendo en cuenta la cantidad de recursos públicos que se ejecutan a través de esta modalidad de selección. En efecto, desde el 2017, las entidades han celebrado contratos en el marco de procedimientos de mínima cuantía por más de 10 billones de pesos \$10.286.777.912.844⁴. Este volumen de recursos indica la importancia de expedir una nueva reglamentación de la modalidad de mínima cuantía, con la finalidad de garantizar que estos procedimientos se desarrollen conforme al nuevo marco legal establecido por la Ley de Emprendimiento.

En este sentido, el artículo 2 del proyecto de Decreto incorpora los cambios previstos en la legislación, adecuando el procedimiento a la posibilidad de convocatorias limitadas. Al respecto, dispone que *“(…) dentro del mismo término para formular observaciones se podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes nacionales”*. Para estos efectos, en el cronograma del proceso de selección debe

³ 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».

⁴ Información tomada del Portal de Análisis de Demanda de la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente. Disponible en:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTJhMmZkNTgtYTIkNC00NmEzLWI1NmUtYjc1ZTM4ZTE3MTVjIiwidCI6IjdiMDkwNDZlNTI0NTI0NDk1MC00Y2IxLTc5ZDVIM2Q4YzFiZSIsImMiOiR9>



indicarse “(...) el momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso se limitará a Mipymes o si podrá participar cualquier otro interesado (...)”. Dentro de este aviso “(...) 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”.

De igual forma, el proyecto de Decreto regula temas como la subsanabilidad de las ofertas y la aplicación de los factores de desempate. Por un lado, dispone que las entidades “(...) 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”. Por otra parte, “En caso de empate, la Entidad Estatal aplicará los criterios de que trata el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme a los medios de acreditación del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del presente Decreto o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan”. Estos factores de desempate también se aplicarán en las adquisiciones a grandes almacenes por el monto de la mínima cuantía, por lo que se adecua el proceso a este requerimiento. Finalmente, el artículo crea instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipymes y con grandes almacenes.

1.2.2 Regulación de los criterios diferenciales en favor de las Mipymes nacionales

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”.

La aplicación de los “criterios diferenciales”, los cuales incluyen tanto los “requisitos diferenciales” como los “puntajes adicionales”, depende de las conclusiones del estudio del sector. Esto significa que, si después del análisis de mercado de los potenciales oferentes no existe la posibilidad de que alguna Mipyme se presente al procedimiento de selección, carece de sentido aplicar el artículo en comento por sustracción de materia: *ad impossibilia nemo tenetur*.

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 que podrán implementar las Entidades Estatales” 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.

En ese sentido, la posibilidad de que se apliquen “criterios diferenciales” en los Procesos de Contratación, no solo depende de que el estudio del sector determine que existen Mipymes que pueden ser proveedoras, sino también de que se definan unas reglas objetivas para aplicarlos. Esto implica que sea necesaria una reglamentación de unos parámetros objetivos a partir de los cuales las entidades estatales puedan introducir “requisitos diferenciales” y “puntajes adicionales”, a efectos de hacer operativos estos incentivos.



Conforme a esto, los “*criterios diferenciales*” del artículo 31 están dirigidos a estimular la participación de Mipymes en los Procesos de Contratación, en la medida que su aplicación busca garantizar que estas puedan, efectivamente, vincularse como proveedoras al mercado de compras públicas. Esto dado que, por un lado, los “*requisitos diferenciales*” se traducen en facilidades para cumplir con las condiciones habilitantes, mientras que los “*puntajes adicionales*” suponen una ventaja en la fase competitiva de los procesos de selección. Los “*criterios diferenciales*” en favor de las Mipymes buscan reducir las asimetrías entre estas y las grandes empresas para vincularse como proveedoras al mercado de compras públicas. De esto resulta un asunto importante para la economía nacional, considerando que las Mipymes representan el 99,6% del tejido empresarial del país, generando además el 80% del empleo, tal como se manifestó en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 2069 de 2020⁵.

De esta manera, el proyecto de reglamentación dispone requisitos habilitantes diferenciales relacionados con menores exigencias de experiencia y/o su acreditación con un número superior de contratos, así como menores índices de capacidad financiera y organizacional. Estos deben fijarse de manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta el objeto del procedimiento de selección, el alcance de las obligaciones y los criterios de clasificación empresarial⁶.

Por otra parte, también regula los puntajes adicionales. Al respecto, 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 para Mipymes. En ningún caso, estos podrán superar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones*”. Así mismo, el proyecto dispone que estos incentivos son incompatibles con las convocatorias limitadas.

1.2.3 Regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres

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*”.

A diferencia del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, los “*criterios diferenciales*” del artículo 32 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

⁵ Gaceta del Congreso N° 963. AÑO XXIX - Bogotá, D. C., martes, 22 de septiembre de 2020.

⁶ De hecho, este apartado de la reglamentación se armoniza con el artículo 33.1 de la Ley 2069 de 2020 en el sentido 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: 1. 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”.



ulteriores, la norma también se extiende a todos los procedimientos competitivos previstos en los manuales de contratación 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 que la potestad reglamentaria se deriva del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de las leyes.

En ese orden, a pesar de que el artículo 32 no lo establezca expresamente, la implementación de *“criterios diferenciales”* en favor de empresas y emprendimientos de mujeres, amerita que se establezcan unos parámetros claros que indiquen en qué condiciones debe aplicarse. Para estos efectos, resulta conveniente adoptar unas reglas objetivas que garanticen una aplicación uniforme de los criterios diferenciales, al evitar que al amparo de la discrecionalidad que les asiste, las diferentes entidades estatales apliquen *“requisitos diferenciales”* y/o *“puntajes adicionales”* que no se encuentren acordes con los fines perseguidos por estos incentivos contractuales.

La pertinencia de adoptar estos *“criterios diferenciales”*, a modo de medidas de acción afirmativa, tiene que ver con que, en el contexto colombiano, según indica la exposición de motivos de la Ley de Emprendimiento, con que solo el 24,4% de las micro y pequeñas empresas son gerenciadas por mujeres, patrón que disminuye en la medida que las empresas aumentan de tamaño. Del mismo modo, la Encuesta de Micronegocios de 2019, evidencia que el 87,6% de estos son de cuenta propia, de cuales 52,9% son liderados por hombres y el 34,7% por mujeres⁷.

Ahora bien, en cuanto a las definiciones de emprendimiento, el proyecto de Decreto efectúa una remisión a lo establecido en el párrafo 9 del artículo 46 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que *“iNNpulsa Colombia, en conjunto con otras entidades del Gobierno Nacional, establecerán las respectivas definiciones sobre emprendimiento y sus diferentes características y tipos, así como los lineamientos que se deberán tener en cuenta para establecer la oferta institucional y apoyos que se brinden a emprendedores desde el Gobierno Nacional”*. En ese sentido, con el fin de dar cumplimiento a dicho mandato legal y establecer las respectivas definiciones, actualmente desde el Sector de Comercio, Industria y Turismo se está trabajando en la mencionada reglamentación, a la cual se hará referencia expresa, una vez se expida el correspondiente Decreto que se encuentra en trámite.

Para asegurar el cumplimiento adecuado del objeto del contrato, teniendo en cuenta el objeto del procedimiento de selección y el alcance de las obligaciones, los Documentos del Proceso deben incorporar requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres relacionados con menores exigencias de experiencia y/o su acreditación con un número superior de contratos, así como menores índices de capacidad financiera y organizacional.

Igualmente, la iniciativa dispone con excepción de los procedimientos de selección donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, que las Entidades otorgarán hasta el uno por ciento (1%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los

⁷ *Ibíd.*



proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015. Incluso, además de regularse el mecanismo de seguimiento, estos incentivos son compatibles con los criterios diferenciales para Mipymes.

1.2.4 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

El inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, dispone que en los pliegos de condiciones deben implementarse mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales, la provisión de bienes y 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 en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual*” (Subrayado fuera del texto). Como se aprecia, el mandato de este inciso busca que las entidades estatales incluyan en el pliego de condiciones o documento equivalente, disposiciones que garanticen que los bienes y servicios requeridos por el contratista para la ejecución del objeto contractual, sean proveídos por los mencionados sujetos, y no a otorgar puntajes adicionales, ni implementar requisitos habilitantes diferenciales.

Lo anterior indica que, con los referidos mecanismos se incentiva la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional, utilizando los contratos estatales, y todos aquellos celebrados con cargo a recursos públicos, como un medio para llevar a cabo tal fin, lo cual se interpreta como una medida de acción afirmativa o un incentivo contractual. Sin embargo, tal como se desprende de la redacción de la norma, dicha posibilidad está sujeta a las condiciones que señale el reglamento, por lo que, independientemente de las cláusulas que están en libertad de pactar las entidades estatales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo en mención requiere de una reglamentación que defina cómo operan estos mecanismos.

Debe destacarse que, la implementación de estos criterios, además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al reglamento la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento.

Es importante considerar que, la reglamentación a expedirse debe garantizar que efectivamente se vinculen los mencionados sujetos a la provisión de los bienes y servicios, lo cual amerita la introducción de un parámetro a partir del cual sea posible determinar que los mecanismos que introduzcan las entidades en los pliegos de condiciones correspondan con la finalidad de la norma. Así mismo, el parámetro a establecer debe asegurar de alguna manera que el mecanismo implementado no atente contra el cabal cumplimiento del contrato, de tal manera que el acatamiento del reglamento no devenga en el incumplimiento del contrato, ni la desmejora de la calidad requerida.



Conforme a esto, el proyecto de Decreto establece un rango dentro del cual la entidad estatal establecerá en el pliego de condiciones o documento equivalente un porcentaje que debe cumplir el contratista para garantizar la provisión de bienes y 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. En este cometido, se establece un porcentaje mínimo del cinco por ciento (5%) y un máximo del diez por ciento (10%), de manera que la provisión de los bienes y servicios requeridos para la ejecución del contrato, en los términos del inciso cuarto del artículo 34, debe garantizarse por el contratista dentro de dicho rango, lo que permite un equilibrio entre la participación de los sujetos de especial protección constitucional y la garantía de las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

Sin embargo, al formar parte del contenido obligatorio en la minuta del contrato, las entidades pueden sancionar con multas el incumplimiento o disponer otras medidas coercitivas con el mismo objetivo, con la finalidad de que se cumpla cabalmente dicha obligación contractual. En todo caso, la inclusión de estas cláusulas es facultativa por parte de las entidades estatales, no obligatoria, por lo que contratos podrán ejecutarse sin la intervención de sujetos de especial protección constitucional. En caso contrario, la vinculación de mano obra se realizará en los porcentajes previstos en el reglamento.

En la regulación se establece el deber de las entidades estatales de incorporar las obligaciones tendientes a la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes y en la minuta del contrato. El proyecto de Decreto además establece que deben señalarse las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de los referidos porcentajes a través de las causales de multa que estime pertinentes, advirtiéndose el deber del supervisor o el interventor, según el caso, de hacer seguimiento y verificar que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente, las cuales también son medidas que garantizan la efectividad del incentivo.

1.2.5 Promoción del desarrollo en la contratación pública y la limitación de procesos de selección a la participación exclusiva de Mipymes

Como una medida complementaria a la prevista en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 34 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 había sido modificada por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, pero esta última quedó derogada con la expedición de la Ley de Emprendimiento. Resaltando los cambios relevantes, la norma actual dispone lo siguiente:

“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 Contratación⁸. (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 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. Por lo demás, la norma eleva a rango de ley el número de interesados que debe solicitar la limitación, el cual además es disminuido a dos (2) solicitudes. Sin embargo, la norma alude a la necesidad del desarrollo reglamentario posterior, por lo que no es posible aplicarla directamente desde la fecha de su expedición.

Hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 se encontraba reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, el cual establecía las condiciones en las que procedía limitar procesos de contratación a la participación exclusiva de Mipymes. Dicho artículo no está vigente, porque su contenido es contrario al artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos dejan de ser obligatorios o decaen “*Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*”.

Si los decretos reglamentarios que profiere el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, buscan “*la cumplida ejecución de las leyes*”, y si la disposición legal que había servido de fundamento a la expedición del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, es decir, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, puede concluirse que la disposición reglamentaria decayó, por desaparición de su fundamento de derecho. Es decir que, el fundamento de derecho, que era el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Además de que el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 perdió el fundamento legal, su contenido es contrario al del nuevo artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En efecto, este último artículo no consagra las mismas exigencias para las convocatorias limitadas a Mipymes. Concretamente, no incluye todos los requisitos que, hasta la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020, establecía el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. Esta norma indicaba en su primer inciso que la entidad estatal solo podía limitar la convocatoria a las mipymes

⁸ 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.

Parágrafo 1°. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que benefician a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

Parágrafo 2°. 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 3°. 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.



nacionales si se trataba de procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos. Por su parte, tal restricción no se encuentra en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 exigía que el valor del proceso de contratación en el que pretendiera limitarse la convocatoria a Mipymes fuera “(...) *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*”. Este requisito tampoco se observa expresamente regulado en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque la definición del monto corresponde al decreto que lo reglamente.

A lo anterior debe agregarse que, mientras la nueva disposición legal indica que la convocatoria limitada a Mipymes debe hacerse cuando por lo menos dos (2) de estas hayan manifestado su interés antes de la resolución de apertura del proceso respectivo, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 condicionaba la limitación de la convocatoria a que la entidad estatal hubiera recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipymes, a más tardar un día hábil antes de la apertura del proceso de selección.

Las diferencias evidenciadas son suficientes para mostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, se debe aplicar 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”. Entonces, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, esta disposición debe entenderse derogada.

Conforme a lo anterior, ante la pérdida de vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, es necesario un nuevo desarrollo reglamentario que permita establecer las reglas a partir de las cuales se pueden limitar procesos de contratación a la participación exclusiva de Mipymes, que sea acorde con el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. La expedición de dicha norma reglamentaria además es inaplazable, toda vez que ello es presupuesto para la eficacia del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, por lo que su ausencia restringe la posibilidad de aplicar este importante incentivo en favor de los Mipymes, que busca incrementar la provisión de bienes y servicios a las entidades estatales por parte de estas, que en los procesos de selección celebrados a través de la plataforma SECOP II entre los años 2017 y 2020 se ubica en el 16.63%, frente a un 83,37% de proveedores cuyo tamaño empresarial los ubica fuera de la categoría de Mipymes⁹.

La reglamentación que se busca expedir mantiene como uno de los requisitos para la procedencia de limitaciones a Mipymes, que el valor del Proceso de Contratación sea inferior a determinada suma. No obstante, se realiza un cambio importante, al remplazarse el valor de US\$125.000, establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 por el de cuatrocientos (400) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Esto obedece a que, conforme la TRM certificada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para el año 2021¹⁰ el referido valor en dólares equivale a la suma de \$380.778.000, la cual, dividida por el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de 2021, equivale a 419,11. En ese sentido,

⁹ Información tomada del Portal de Análisis de Oferta de la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTZiYjRmMzgtOTJlYS00ZDBkLTQxZDUtZGYzYTl5ZGM5NDgylwiwidCI6IjdiMDkwNDkMDFIL10NTEtNDIjMkM04Y2IxLTc5ZDVIM2Q4YzFiZSIsimMiOiR9>

¹⁰ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/umbrales_2020_-_2021.pdf



la nueva regulación busca mantener el umbral, pero ajustando la metodología para su determinación, con el fin de facilitar la tarea de las entidades públicas, evitando la necesidad de esperar que cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo actualice la liquidación con la tasa de cambio.

En cuanto a las solicitudes mínimas como requisito para limitar una convocatoria a Mipymes, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 estableció que se requieren al menos dos (2) solicitudes. Esto conlleva la necesidad de modificar el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, comoquiera que este indica que se requieren por lo menos tres (3) solicitudes. Estos ajustes se incorporan en el proyecto de reglamentación, añadiendo que “Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipymes, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo”. El proyecto también regula las limitaciones territoriales y los requisitos para participar en las convocatorias limitadas, indicando que los incentivos para empresas y emprendimientos de mujeres son compatibles con la regulación de la norma.

1.2.6 Regulación de los factores de desempate y la forma de acreditarlos

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula los factores de desempate. Conforme a la norma citada, estos aplican en los procedimientos de selección de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 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 la pérdida de los fundamentos de derecho en los previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Un argumento adicional para sostener este postulado tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento de los actos administrativos, contemplado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria “*Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*”. 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, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

A su vez, es importante señalar que, el ordenamiento jurídico supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras, a modo de ejemplo, el artículo 4 de la Constitución Política expresa: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. En este sentido, la Carta Política es la norma de superior jerarquía en el ordenamiento jurídico.

De este modo, con fundamento en la jerarquía de las normas, la Ley 2069 de 2020 es la fuente validez de las que siguen en escala jerárquica. Por tanto, la adecuación y modificación de los criterios de desempate resulta necesaria, ya que estos se fundamentaban en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, que fue derogado por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y además, se requiere que la reglamentación detalle la forma cómo se aplican y acreditan dichos criterios de desempate en los procedimientos de selección, atendiendo a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.



De esta manera, el proyecto de Decreto reglamenta la forma de acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de los numerales del citado artículo y así permitir la debida aplicación de los factores de desempate previstos y garantizar la selección objetiva de los contratistas. Esta regulación tiene pretensiones unificadoras, pues en aras de la seguridad jurídica, impide que la forma de acreditación de los factores de desempate dependa de la discrecionalidad administrativa, por lo que pretende una regulación uniforme de la materia conforme al alcance de cada una de las causales contenidas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2021.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

Las disposiciones del presente proyecto de Decreto tienen aplicación a nivel nacional y deben ser atendidas por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con lo establecido en la Ley 2069 de 2020, algunas de sus disposiciones deberán aplicarse por las entidades estatales exceptuadas del régimen general de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos.

El artículo 7 del proyecto de Decreto establece su vigencia y determina que es aplicable a los procesos de selección, cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir de tres (3) meses contados a partir de la expedición del Decreto. Lo anterior por cuanto estos son los primeros documentos que se publican en el marco de un proceso de selección, acompañado del proyecto de pliego de condiciones o su equivalente, debiéndose elaborar este último con fundamento en la presente reglamentación.

Así mismo, para efectos de los procedimientos regidos por la Ley 2022 de 2020, el proyecto dispone que, sin perjuicio de la vigencia de las convocatorias limitadas a Mipymes *“Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en el inciso primero de este artículo.”*

3. VIABILIDAD JURÍDICA

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.

Los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 disponen que el Gobierno nacional reglamentará: i) la posibilidad de que en el marco de procedimientos de mínima cuantía las entidades de realicen estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén", ii) los criterios diferenciales para mipymes, iii) la definición de "emprendimientos y empresas de mujeres", iv) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como v) la aplicación de los factores de desempate en casos en que concurren dos o más de estos en un proceso de selección.



Algunos de estos artículos son normas de aplicación directa, por lo que, en principio, la intervención del reglamento es accesoria, más no necesaria para su aplicación. En estos artículos 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 estatales y demás sujetos que deben aplicar tales normas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. Este es el caso de los artículos 30 y 35 de la Ley de Emprendimiento.

En relación con las Mipymes y el procedimiento de 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. Teniendo cuenta estos parámetros las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección, los cuales son de aplicación inmediata al no estar condicionada su aplicación por la expedición de un reglamento. Esto sin perjuicio de que el Gobierno nacional, conforme a lo dispuesto en el parágrafo 1 de este artículo, 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”.

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 de Contratación de la Administración Pública, 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 lo anterior, es necesario considerar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece medios específicos para acreditar las circunstancias a las que se refiere cada causal, por lo que este aspecto es materia de regulación en la reglamentación, en particular lo atinente a la demostración de las circunstancias en virtud de las cuales aplican las reglas de desempate. Al respecto, es preciso mencionar que, el hecho de que el artículo 35 sea de aplicación directa no significa que el Gobierno nacional no tenga competencia para reglamentar su aplicación, definiendo, por ejemplo, los medios de acreditación de los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de las reglas de desempate.

Esto comoquiera que, tal como se desarrollará, dicha atribución deviene del ejercicio de la potestad reglamentaria establecida en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que permite al Presidente de la República adoptar los reglamentos necesarios para garantizar la cumplida ejecución de la Ley. De hecho, en lo relativo a los medios de acreditación, se estima conveniente la reglamentación de estos, en la medida que establecer medios de prueba específicos permite garantizar una aplicación uniforme de la ley, evitando que al amparo de la discrecionalidad se establezcan en los pliegos de condiciones, regulaciones desproporcionadas e inadecuadas que vayan en desmedro de la aplicación objetiva de las reglas de desempate.

Por otro lado, en los artículos 31, 32 y 34, a diferencia de lo sucedido con los otros artículos mencionados, el Congreso de la República, sí estableció la necesidad de la expedición de normas reglamentarias como presupuesto para su eficacia, por lo que efectuó un mandato de reglamentación que debe acatar el



Gobierno nacional¹¹. En ausencia de dicho reglamento, estos artículos podrían resultar inaplicables, porque delegan en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos, por lo que la omisión reglamentaria deriva en una *laguna técnica*¹² que impide la aplicación de la ley.

Cuando una ley señala que el Gobierno nacional reglamentará la materia, indica que el reglamento es relevante 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.

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 protección¹³ 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. Incluso, tratándose de los artículos 31, 32 y 34 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.

Por tanto, es posible afirmar que en los artículos 31, 32 y 34 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”, y iii) las convocatorias limitadas a Mipymes y iv) el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección.

¹¹ 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 expedida 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).

¹² El autor Riccardo GUASTINI indica que se presenta una laguna técnica: «[...] 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 jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que [...] la concreten» (Corchetes fuera de texto). Además, establece que también se presentan este tipo de lagunas cuando: «[...] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.». Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145.

¹³ 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.



Adicionalmente, conforme con lo manifestado, en el caso del artículo 30, si bien este es de aplicación directa, la posibilidad de limitar estos procedimientos a Mipymes dependen del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, norma que fue modificada por el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, modificación cuya eficacia está sometida a una reglamentación. En tales términos, hasta que no se reglamente el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 34 de la Ley 2069 de 2020, no pueden limitarse a la participación de Mipymes los procedimientos de mínima cuantía. Lo anterior, en la medida en que, conforme al párrafo 1 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento, el ejercicio de la potestad reglamentaria también es necesario para la realización de estas adquisiciones a Mipymes, aspecto que no pueden definir por sí mismas las entidades contratantes en el ejercicio de sus competencias.

3.2. Ejercicio de la potestad reglamentaria

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴ y el Consejo de Estado¹⁵ coinciden en afirmar que la potestad reglamentaria no recae exclusivamente en el Presidente de la República y que en Colombia rige un “sistema difuso” de producción normativa de carácter general. Además, señalan que son dos los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, a saber:

1. **Necesidad:** consiste en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley deje espacios de regulación que necesitan llenarse 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 respectiva¹⁶;
2. **Finalidad:** se refiere al contenido material de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones expedidos por 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, está asociado al respeto del principio de supremacía normativa, pues el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución¹⁷.

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 subreglas¹⁸ explica ciertas limitaciones de esta:

¹⁴ Sentencia C-1005 de 2008, Corte Constitucional

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. 1101-03-24-000-2010-00119-00.

¹⁶ 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. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2014. Rad. 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973). C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

¹⁷ 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.

¹⁸ Ver entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional C-162 de 2008; C-823 de 2011; C-810 de 2014. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2010. Rad. 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05). C.P. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



1. La potestad reglamentaria se restringe 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 fuera 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 solo puede definirla el propio legislador.
4. El ejercicio de la potestad reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Congreso de la República, 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 el Gobierno no puede desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la administración.

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

Los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentran vigentes desde 31 de diciembre de 2020, fecha en que se promulgó dicha Ley.

No obstante, conforme se precisó en el numeral 3.1, los artículos 31, 32 y 34 tienen como presupuesto para su eficacia la expedición de una norma reglamentaria por parte del Gobierno nacional. En ese sentido, la expedición de la reglamentación es una condición para la aplicación efectiva de estos artículos.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El presente proyecto de Decreto Modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2. y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.10., 2.2.1.2.4.2.11., 2.2.1.2.4.2.12., 2.2.1.2.4.2.13. 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15; adiciona un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9.; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

En relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria, las Altas Cortes se han pronunciado sobre el alcance y límites de esta facultad. La sección 3.1. del presente documento incluye los pronunciamientos vinculados a la potestad del Gobierno nacional para la reglamentación de las leyes.



3.5 Circunstancias jurídicas adicionales

Ninguna adicional a las señaladas en los contenidos anteriores.

4. IMPACTO ECONÓMICO

La expedición de este Decreto permitirá: (i) que las entidades estatales puedan limitar los procedimientos de mínima cuantía a la participación exclusiva de Mipymes, y se reglamentarán otros aspectos de la contratación por mínima cuantía; (ii) realizar adquisiciones hasta por el monto de la mínima cuantía en establecimientos que correspondan con la definición de “gran almacén”; (iii) implementar requisitos diferenciales y puntajes adicionales en beneficio de las Mipymes nacionales, así como de los emprendimientos y empresas de mujeres; (iv) limitar los procesos de contratación adelantados por entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, a la participación exclusiva de Mipymes; (v) fomentar 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; y (vi) definir medios para la acreditación de los factores de desempate.

En todo caso, no es necesario disponer de tiempo ni de medios adicionales por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que los destinatarios del proyecto de Decreto apliquen su contenido.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

Los costos de la adecuación de la plataforma SECOP II, conforme a las modificaciones de los procesos de selección que realiza esta reglamentación, serán asumidos con cargo al presupuesto de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

Para el presente proyecto de Decreto no se genera impacto medioambiental ni sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

N/A.

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria

X



<i>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)</i>	
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <i>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)</i>	N/A
Informe de observaciones y respuestas <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio <i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	X
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	X
Otro	N/A

Aprobaron:

[Versión preliminar para publicación]
JULIÁN AGUILAR ARIZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Nacional de Planeación

[Versión preliminar para publicación]
JORGE TIRADO NAVARRO
Subdirector de Gestión Contractual
Agencia Nacional de Contratación Pública –
Colombia Compra Eficiente