**CCE-DES-FM-17**

**ARTÍCULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2007 – Ámbito de aplicación**

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Esta norma, desde sus orígenes, pretendió «apoyar y promocionar la formación de empresas». Así lo demuestran sus antecedentes legislativos, en donde se da cuenta que la misma siempre estuvo relacionada con incentivar las Mipymes. […] Lo dicho antes, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, da cuenta de que la intención del legislador fue la de restringir el ámbito de aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, a las Mipymes, incluidas las conformadas por personas marginadas o discriminadas. A su vez, las consideraciones precedentes dejan ver que el legislador no quiso cubrir a este tipo de personas con los «incentivos» regulados en dicha normativa, sino cuando las mismas estuvieran asociadas bajo esa modalidad de empresa». Tal consideración excluye per se cualquier tipo de incentivo relacionado con el origen o domicilio de este tipo de personas, pues, se insiste, lo importante es que conformen Mipymes y, por ende, lo relevante para fines contractuales es el domicilio de estas últimas.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Sujetos de especial protección constitucional**

Esto no quiere decir que en la contratación estatal no sea posible e imperativo buscar la implementación de incentivos para los sujetos de especial protección constitucional. Por ejemplo, en materia de obras públicas de infraestructura de transporte, material en la cual se deben aplicar los Documento Tipo o Pliegos Tipo, se otorga un trato preferente a los proponentes que acrediten la vinculación de personas en condición de discapacidad. Igualmente, la Ley 823 de 2003, en el artículo 5, numeral 2, establece que «el Gobierno Nacional promoverá la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción, mediante la sensibilización, la capacitación y el reconocimiento de incentivos a los empresarios del sector». Esto último en acatamiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al suscribir, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer −Convención de Belem do Para−, aprobada por el Congreso mediante la Ley 248 de 1995.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Sujetos de especial protección constitucional**

La contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional, y para promover la adquisición de acuerdo con criterios de sostenibilidad ambiental .

Estas finalidades reciben diferentes nombres en los diversos contextos en los que se utilizan, algunos recurren al nombre de políticas secundarias, finalidades paralelas, o políticas colaterales u horizontales en materia de contratación . El concepto de política o finalidad horizontal o colateral pretende subrayar que se trata de políticas no subordinadas o inferiores, sino que acompañan la finalidad principal de la contratación estatal, que es, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

Bogotá D.C., **10/09/2020 Hora 17:44:24s**

**N° Radicado: 2202013000008651**

Señora

**Liza Natalia Rodríguez**

Bogotá D.C.

**Concepto C ─ 567 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ARTÍCULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2007 – Ámbito de aplicación / CONTRATACIÓN ESTATAL – Sujetos de especial protección constitucional / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Sujetos de especial protección constitucional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000007201  |

Estimada señora Rodríguez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de agosto de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted informa del «[…] trabajo liderado por el Gobierno Nacional para implementar el Pacto de Equidad para las Mujeres, desde diversos sectores existen acciones para avanzar en el cierre de brechas entre hombres y mujeres […]» y agrega que el INVIAS tiene la intención de «[…] iniciar el proceso de inclusión de mujeres en este sector y generar acciones afirmativas reales para aportar en el camino hacia la equidad de género». Con fundamento en lo anterior, realiza la siguiente pregunta: «¿Es viable incluir como obligación contractual a un contratista de obra de infraestructura el contar con un porcentaje mínimo de población de mujeres dentro del personal implementado para el cumplimiento del contrato?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre las políticas horizontales y los mecanismos para concretarlas, entre otros, en los conceptos C–514 del 26 de agosto de 2020, C–516 del 26 de agosto de 2020, C–535 del 26 de agosto de 2020, C–537 del 26 de agosto de 2020, C–538 del 26 de agosto de 2020, C–568 del 26 de agosto de 2020 y C–582 del 27 de agosto de 2020. La tesis expuesta en esos conceptos se reitera en este.

 Igualmente, se pone de presente que para responder al interrogante planteado se reiteran las consideraciones expuestas por esta Agencia en los conceptos C–219 del 29 de abril de 2020 y C–377 del 9 de junio de 2020 –2202013000003258 y 2202013000004741, en los cuales se estudió la posibilidad implementar mecanismos que fomenten la ejecución de contratos estatales por parte de sujetos de especial protección en el marco de procesos de selección.

**2.1. Políticas horizontales e incentivos contractuales**

La contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional, y para promover la adquisición de acuerdo con criterios de sostenibilidad ambiental[[1]](#footnote-1).

Estas finalidades reciben diferentes nombres en los diversos contextos en los que se utilizan, algunos recurren al nombre de políticas secundarias, finalidades paralelas, o políticas colaterales u horizontales en materia de contratación[[2]](#footnote-2). El concepto de política o finalidad horizontal o colateral pretende subrayar que se trata de políticas no subordinadas o inferiores, sino que acompañan la finalidad principal de la contratación estatal, que es, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

Existen diversos tipos de políticas o medidas, algunas buscan, simplemente, que se cumplan los parámetros mínimos legales, y otras buscan incentivar ciertos comportamientos para generar beneficios sociales, económicos o ambientales. De igual manera, estas políticas pueden concretarse a través de diferentes medios, por ejemplo: establecer reservas de ciertos contratos para cierto grupo de la población, otorgar puntos adicionales como criterio de ponderación, establecer obligaciones contractuales aplicables a quien sea que resulte adjudicatario, o como criterio de desempate, entre otras[[3]](#footnote-3).

 Para la cabal comprensión de este asunto, es necesario distinguir entre «política horizontal» e «incentivo». La política horizontal, como se dijo, consiste en el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal como instrumento. Por su parte, el incentivo corresponde a la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines[[4]](#footnote-4), como es el caso, se reitera, de los criterios de desempate, puntaje adicional, convocatorias reservadas u obligaciones contractuales.

 Sobre este punto, interesa decir que la adopción de medidas tendientes a satisfacer necesidades adicionales, o políticas horizontales, no puede contrariar las disposiciones normativas que admiten su implementación. Por esa razón:

[…] Es indispensable garantizar la consagración de premisas que irradien las nociones propias de los principios de igualdad, transparencia, economía y moralidad en todas las decisiones discrecionales que la Administración llegue a adoptar por medio de las facultades que le han sido otorgadas por el legislador para avalar la satisfacción de su intención primaria[[5]](#footnote-5).

 En otras palabras, no puede haber contradicción entre la satisfacción de la intención primaria, los principios de la función administrativa, y la búsqueda de beneficios sociales, económicos o sociales para ciertos sectores de la población.

 Dicho ello, es preciso señalar que los incentivos utilizados en el ordenamiento plantean diferentes retos y cada uno de ellos impacta de manera diversa el proceso de contratación. Los incentivos otorgados en la etapa precontractual presentan desafíos diferentes, y quizás mayores, a los desafíos de los incentivos propiamente contractuales; como el establecimiento de obligaciones dentro del contrato.

 Lo anterior es así bajo una consideración básica: si el incentivo es otorgado en el procedimiento de selección, como criterio de desempate o criterio que otorga puntaje, el oferente deberá «llegar» al procedimiento de selección cumpliendo con este requerimiento. En esa medida, los incentivos precontractuales generan, por regla general, un mayor impacto en el principio de libertad de competencia, en la medida en que podrían convertirse en una barrera de entrada para los potenciales oferentes que no cuenten con las condiciones necesarias para obtener ese puntaje u obtener un desempate en su favor.

 Por el contrario, los incentivos propiamente contractuales; esto es, los que se instituyen como obligaciones del contrato serán una obligación para quien sea que resulte adjudicatario, sin importar si el oferente contaba con determinada calidad al momento de «llegar al procedimiento de selección».

 Es justamente esta diferencia la que permite afirmar que las políticas horizontales que se materializan a través de obligaciones contractuales, y no de incentivos precontractuales, generan un menor impacto en el principio de libre competencia e igualdad de condiciones, y actúan en menor medida como una barrera de entrada. Ello es así, se reitera en la medida en que cualquier oferente podría adaptarse, en principio, a los requerimientos del contrato.

 Es por lo anterior que los ordenamientos jurídicos suelen permitir mayores libertades a las entidades contratantes en punto de incentivos contractuales que en relación con los incentivos precontractuales; y el ordenamiento colombiano, se advierte desde ahora, no es una excepción a esta regla.

 Esta mayor libertad para promover políticas horizontales a través de obligaciones contractuales se entiende como una forma de permitir la materialización de la autonomía de la voluntad de las entidades estatales para concretar sus fines, al tiempo que se garantiza una selección del contratista que sea adecuada al deber de selección objetiva y en la cual se ha asegurado una competencia justa, sin distorsiones, ni barreras de entrada significativas.

 Para analizar el caso concreto del sistema colombiano, debe recordarse que en materia de los procedimientos de selección, en tanto especie de los procedimientos administrativos, existe un principio de legalidad estricto, por decirlo de alguna manera, ya que la facultad de adelantar estas actuaciones administrativas es altamente reglada. Sobre esto vale la pena recordar que existe reserva de Ley en materia de procedimientos administrativos[[6]](#footnote-6).

 Una vez más, se recuerda, ello es así por oposición a la facultad de determinar el contenido de los contratos estatales que es eminentemente discrecional al punto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 sobre el contenido del contrato dispone que “[l]as entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”.

 En entender de esta Agencia, cuando el artículo permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad para el cumplimiento de los fines estatales, lo está haciendo también para el cumplimiento de los fines estatales que se han denominado aquí «políticas horizontales». De ello se deriva, de inmediato, un corolario fundamental para la comprensión de la segunda parte de este concepto: las entidades pueden establecer, en principio, y siempre con el debido respeto de las normas legales y reglamentarias sobre la materia, obligaciones contractuales para materializar políticas horizontales que den cumplimiento a los fines del estado en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida, entre otras, por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

**2.2. Posibilidad de incluir una obligación contractual que exija un porcentaje mínimo de mujeres contratadas para la ejecución del contrato**

 El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Esta norma, en principio, pretendió «apoyar y promocionar la formación de empresas»[[7]](#footnote-7). Así lo demuestran sus antecedentes legislativos, en donde se da cuenta que la misma siempre estuvo relacionada con incentivar las Mipymes. Muestra de lo dicho anteriormente es que en el informe de ponencia para segundo debate se aclaró lo siguiente[[8]](#footnote-8):

El artículo 13 relacionado con las medidas de promoción de la pequeña y mediana empresa y los grupos marginados de ciudadanos fue objeto de las siguientes modificaciones:

- Se aclara que los grupos marginados de ciudadanos para poder acceder a los beneficios consagrados en la norma *deberán organizarse bajo la forma de Mipymes*.

- La reserva de 1.000 smlmv aprobada en el primer debate, debe ser ajustada a la cifra equivalente en pesos a $125.000 US, que corresponde a la reserva de Mipymes que pactó el Gobierno Nacional en el TLC. (Cursivas propias)

A juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, aunque pueda ser cierto que la intención inicial del legislador era la de restringir el ámbito de aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, a las Mipymes, incluidas las conformadas por personas marginadas o discriminadas, lo cierto es que el ámbito de aplicación de dicha norma se amplió, luego de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, que establece:

[…] 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.

Nótese que el legislador reconoció, de forma genérica, la posibilidad que tienen las entidades públicas de implementar en el pliego de condiciones mecanismos que fomenten la ejecución de contratos estatales por parte de sujetos de especial protección constitucional. Con todo, resulta imperioso aclarar que dicha norma establece que tal posibilidad está circunscrita a «las condiciones que señale el reglamento», lo que hace forzoso concluir que tales mecanismos de fomento no pueden ser aplicados por las entidades, hasta tanto el Gobierno Nacional expida la reglamentación correspondiente en ejercicio de las potestades que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

El Gobierno Nacional ha desarrollado el alcance de tales incentivos en algunos casos, pero en otros aún no lo ha hecho. Por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.1.2.25. del Decreto 1082 de 2015, reglamentario del artículo 2, numeral 2, literal h, de la Ley 1150 de 2007, reconoce que las entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección de personas amenazadas; de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares; de atención a población desplazada por la violencia; de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo; y de población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, «deben aplicar el procedimiento establecido para la selección abreviada de menor cuantía».

Igualmente, por disposición del artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, «las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal», de acuerdo con los requisitos que regula dicha norma y en los términos establecidos en los artículos 2.2.1.2.4.2.7. y 2.2.1.2.4.2.8. *ibídem*. En similares términos, se reconocen beneficios contractuales en favor de estas personas, en los Documentos Tipo, tanto en los de licitación pública como en los de mínima cuantía, como dan cuenta los «documentos base» al regular los criterios de desempate «numeral 4.4.7»

 Adicionalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública y el Departamento Nacional de Planeación, en conjunto con la Vicepresidencia de la República, se encuentran, actualmente, trabajando en un proyecto de decreto que pretende implementar algunas medidas en favor de las mujeres cabezas de familia en materia de contratación estatal, desarrollando para ello el artículo 11 de la Ley 82 de 1993. Este tipo de medidas normativas, a nuestro juicio, materializa los principios constitucionales y es compatible con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, en el entendido de que tales obligaciones no solo vinculan a los poderes legislativos sino también a todo el aparato estatal, el cual es llamado de forma íntegra y omnicomprensiva a la protección de la mujer.

 Es del caso precisar que la Ley 823 de 2003, en el artículo 5, numeral 2, establece que «el Gobierno Nacional promoverá la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción, mediante la sensibilización, la capacitación y el reconocimiento de incentivos a los empresarios del sector». Esto último en acatamiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al suscribir, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer −Convención de Belem do Para−, aprobada por el Congreso mediante la Ley 248 de 1995.

 También resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, mediante la cual se estableció el marco jurídico para el ejercicio de la inspección, control y vigilancia sobre las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada, y el marco regulatorio para el adecuado desempeño de la labor del personal operativo de vigilancia. El referido artículo 6 establece que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, deberá expedir un decreto reglamentario en el que se establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, que beneficie a las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que tengan dentro de su personal operativo a mujeres, personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años[[9]](#footnote-9). Dicha reglamentación aún no ha sido expedida, sin embargo, en cumplimiento del numeral 8 del artículo 8 del CPACA, ya fue publicado un borrador en la página web del Departamento Nacional de Planeación, donde estuvo disponible para observaciones de la ciudadanía entre el 24 de abril de 2020 y el 4 de mayo de 2020. El proyecto de regulación aún puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Proyecto-de-Decreto.aspx>

 De todas formas, en lo que tiene que ver con los incentivos precontractuales en materia de contratación estatal y con la provisión de bienes y servicios por parte de mujeres o empresas que las vinculen, hasta que el Gobierno Nacional no reglamente las condiciones de aplicación del artículo 12, inciso 4, de la Ley 1150 de 2007, no es posible que las entidades establezcan mecanismos de fomento en los pliegos de condiciones, precisamente, por la falta de desarrollo frente a las condiciones para que esto sea posible, como sí se hizo, por ejemplo, con las personas en condición de discapacidad, entre otros. Esta es la postura que la Agencia Nacional de Contratación Público expuso en los conceptos C – 219 y C – 377 de 2020, y que reitera en esta ocasión.

 Sin perjuicio de lo anterior, en este punto resulta necesario preguntarse si la inclusión de una cláusula tendiente a garantizar la participación mínima de las mujeres en la ejecución de los contratos estatales puede considerarse como una «medida de fomento» para los efectos del inciso 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. La respuesta a tal interrogante determina la respuesta de la pregunta que aquí se resuelve, pues si se concluye que una cláusula de ese tenor constituye una «medida de fomento», es forzoso concluir que su inclusión no está permitida en la actualidad, según la tesis que aquí se reitera; pero si, por el contrario, la respuesta a la pregunta es negativa, tendríamos que concluir que sí es posible que la entidad incluya un pacto como ese en los contratos estatales, pues, al no tratarse de un supuesto cubierto por los efectos del mencionado inciso, que, se itera, no ha sido desarrollado en lo referente a la protección de la mujer, las entidades públicas estarían habilitadas para hacerlo, cuando estas lo consideren apropiado.

 A juicio de Colombia Compra Eficiente, la repuesta a tal interrogante es negativa y, en consecuencia, sí es posible la inclusión de una cláusula como la señalada en los contratos estatales. Esta conclusión se fundamenta en las razones que pasan a exponerse.

 Cuando esta entidad ha afirmado en relación con las mujeres que «[…] no es posible que las entidades establezcan mecanismos de fomento en los pliegos de condiciones, […] por la falta de desarrollo frente a las condiciones para que esto sea posible […]», no lo ha hecho refiriéndose a la posibilidad de incluir una cláusula como la que se expone en la pregunta *sub examine*. En efecto, la primera vez que mencionó dicha regla se concluyó que «[…] no existe una norma que les otorgue competencia a las entidades públicas para establecer y ponderar de forma distinta las propuestas que acrediten una cantidad mínima de mujeres de una región en específico […]» –C-219 de 2020–. Y en la segunda ocasión –C-377 de 2020–, resolvió la siguiente pregunta: «[…] Es posible incluir en procesos de contratación tipo selección abreviada o licitación [sic] asignar puntaje (factores calificantes) a los proponentes que emplee en sus equipos de trabajo cierto porcentaje de mujeres para ejecutar el contrato en caso de ser el adjudicatario? […]». A esta pregunta, Colombia Compra Eficiente respondió: «no existe una norma general que les otorgue competencia a las entidades estatales para que en los pliegos de condiciones establezcan y ponderen de forma distinta, *en términos de asignación de puntaje*, las propuestas de los oferentes que incorporen determinado porcentaje o número de mujeres a la ejecución del contrato» (Cursivas fuera de texto).

 En ambos precedentes, como se observa, esta Agencia relacionó el concepto «mecanismos de fomento», referido en el inciso 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, con medidas tendientes a ponderar las propuestas y a modificar su calificación: lo que en la primera parte de este concepto se denominó «incentivos pre-contractuales». De esta forma, se tiene que la regla de inclusión de mujeres *sub examine*, según la cual «[…] no es posible que las entidades establezcan mecanismos de fomento en los pliegos de condiciones, […] por la falta de desarrollo frente a las condiciones para que esto sea posible […]», circunscribe la noción «mecanismos de fomento» a las medidas que pueden modificar el puntaje de las propuestas, de lo que se sigue que dicha regla no tiene la entidad suficiente para afectar otras medidas de protección a la mujer, que no afectan el procedimiento de selección que es típicamente reglado. Tal es el caso, justamente, del establecimiento de obligaciones contractuales.

 Esta postura se refuerza en el principio de autonomía de la voluntad sobre el que se han hecho algunas consideraciones en la parte primera de este concepto. Principio este que permite, entre otras, que “[l]as entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”, como los fines de las políticas horizontales. Este principio, además, en el caso de las entidades territoriales, incluye la potestad de establecer *«[…] las características concretas y específicas del objeto contractual […]»*, esto es, el alcance, tipo de contrato, cantidad, precio, plazo de entrega, forma de pago y, a nuestro juicio, las cláusulas del contrato a suscribir. Así lo reconoció la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-119 del 15 de abril de 2020, en la que se refirió al punto en estos términos:

La ausencia de tutela contractual de la administración central, respecto de la administración descentralizada territorialmente, significa que en las entidades territoriales radica una serie de facultades que, de acuerdo con la ley y sometidas a ella, pueden ejercer sin intromisión de parte de las autoridades nacionales[66]: (i) derivado de la facultad constitucional de planear su desarrollo, a través de los planes departamentales y municipales de desarrollo, las entidades territoriales adoptan la decisión política de señalar lo que consideran de interés general en el gobierno local, pero de manera concertada con el Gobierno Nacional, en vista de su armonización respecto del Plan Nacional de Desarrollo (artículos 300, n. 2 y 3, 313, numeral 2, inciso 2 del artículo 339 y 342 de la Constitución). La planeación es el primer paso para el ejercicio de la autonomía contractual, ya que este instrumento macro, se implementa y ejecuta a través de programas que requieren la celebración de contratos. (ii) La elaboración de los presupuestos, en segundo lugar, también hace parte de la autonomía de las entidades territoriales, que se manifiesta en lo contractual, ya que el presupuesto moviliza recursos para la realización de los objetivos de la planeación y predetermina la posibilidad de celebrar contratos, a través de los cuales, se afectarán y ejecutarán dichos recursos. Luego, (iii) las entidades territoriales, en el proceso continuo de planeación, que no se limita al instrumento macro, identifica y prioriza las necesidades concretas que deben satisfacerse, (iv) adopta una decisión que manifiesta su autonomía para gestionar sus propios intereses: decide si dicha necesidad será satisfecha a través de los recursos humanos y materiales que tiene a su disposición o, por el contrario, adopta la decisión de acudir al contrato e identifica de qué tipo contractual se tratará. En la decisión de contratar, de acuerdo con los artículos 300, n. 9 y 313, n. 3 de la Constitución, es posible que se requiera la autorización para contratar, por parte de la respectiva corporación pública administrativa, como, en el nivel nacional, es competencia del Congreso de la República, según el artículo 150, n. 9 de la Constitución. (v) La autonomía contractual también implica la estructuración del proceso para seleccionar al contratista, dentro del margen de configuración permitido por la Ley y por sus decretos reglamentarios y las condiciones de tiempo, modo y lugar. *Para ello, entre otras cosas, precisa las características concretas y específicas del objeto contractual (alcance, tipo de contrato, cantidad, precio, plazo de entrega, forma de pago, etc.), acorde con la necesidad a la que pretende responder y establece el presupuesto y los tiempos en los que se desarrollará el procedimiento, de acuerdo con la Ley*. (vi) La dirección del procedimiento de selección del contratista compete, igualmente, a la entidad territorial, hasta la celebración del contrato. (vii) Una vez perfeccionado el contrato, se activan competencias de dirección y vigilancia de la ejecución del contrato que va desde la identificación de las condiciones para comenzar la ejecución del contrato y terminan con su liquidación, pasando por el ejercicio de potestades excepcionales durante la ejecución.
(Cursivas fuera de texto)

 Estos argumentos se pueden aplicar *mutatis mutandi* a todas las entidades públicas –no territoriales–, pues la autonomía para la gestión de los intereses de las autoridades se constituye como la regla general en materia contractual, claro está, sin perjuicio del deber de acatamiento de las normas generales de contratación estatal y del control al que hubiere lugar en cada caso y de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad que firmal el contrato.

 Como si lo anterior no fuese suficiente, es importante recordar que la propia Corte Constitucional ha llegado a considerar vulnerado el derecho fundamental a la igualdad cuando la entidad contratante no incluye medidas contractuales afirmativas tendientes a la protección de sujetos de especial protección constitucional, lo que, a nuestro juicio, supone la autorización para tomar ese tipo de medidas. Por ejemplo, «[…] en la sentencia T-724 de 2003, la Corte estimó que el Distrito Capital había violado el derecho a la igualdad de los recicladores por no haber contemplado en el pliego de condiciones para la adjudicación de contratos de aseo, […] ninguna medida efectiva que permitiera la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia»[[10]](#footnote-10). A similares conclusiones llegó el tribunal en el caso de los recicladores del municipio de Cali, resuelto por medio de la sentencia T-291 del año 2009.

 Por lo demás, se resalta que no existe una norma que prohíba o que regule expresamente la facultad que les asiste a las entidades contratantes para introducir cláusulas tendientes a garantizar que el contratista cuente «[…] con un porcentaje mínimo de población de mujeres dentro del personal implementado para el cumplimiento del contrato». Ante este panorama, y teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, Colombia Compra Eficiente considera que las entidades públicas sí están autorizadas para incluir este tipo de cláusulas, al amparo del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, norma que remite a «las disposiciones comerciales y civiles pertinentes» y del multicitado artículo 40 de la misma Ley que les permite celebrar los acuerdos que autorice la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales. En resumen, la autonomía de la voluntad permitiría la introducción de cláusulas como la que se mencionó anteriormente.

 En esa misma línea, cuando se trata de licitaciones de obra pública de infraestructura de transporte, caso en el cual es obligatorio el uso de los Documentos Tipo, la entidad puede incluir las cláusulas que considere convenientes en la «Cláusula 9. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA» y en la «Cláusula 10. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA», claro está, siempre que las mismas tengan relación con la naturaleza y objeto del contrato. En todo caso, es necesario que se trate de «[…] condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el […]» Anexo 5 de los Documentos Tipo y, además, que obedezcan a las necesidades de ejecución del contrato, definidas por la entidad. En efecto, el mencionado Anexo 5 establece lo siguiente:

**ANEXO 5**

**MINUTA DEL CONTRATO**

[La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento. Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo. En todo caso, las condiciones adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato, definidas por la Entidad. En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar]

[…]

Cláusula 9. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA

Además de las derivadas de la esencia y naturaleza del presente Contrato, la ley, las obligaciones y condiciones señaladas en el pliego de condiciones y demás Documentos del Proceso y de las establecidas en [Documento adicional aplicable al Proceso de Contratación], vigente durante la ejecución del contrato, el Contratista se obliga a:

[La Entidad podrá seleccionar algunas de las siguientes opciones de obligaciones, combinarlas, eliminarlas o incluir las que considere convenientes:]

[…]

Cláusula 10. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA

[La entidad incluirá las obligaciones específicas que considere conveniente, de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, al igual que los mecanismos que tenga cada Entidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista]

 Se debe hacer notar que en los procesos en los que se deben utilizar los Documentos Tipo la autonomía de la voluntad de la entidad contratante también juega un papel trascendental. Con todo, esta autonomía no puede ser entendida como una libertad absoluta, pues, como se dijo anteriormente, todas las condiciones adicionales que se establezcan deben tener relación con la naturaleza y objeto del contrato y también deben obedecer a las necesidades de ejecución del negocio jurídico, de lo cual tendrá que dar cuenta la entidad de forma explícita.

 Con independencia de lo hasta aquí expresado en relación con los pliegos tipo, es menester tener presente que más allá de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015[[11]](#footnote-11) y de lo consignado en el parágrafo 7 de la Ley 1150 de 2007[[12]](#footnote-12), lo cierto es que de conformidad con lo establecido en las resoluciones que han adoptado esta figura para la contratación estatal, esto son, los pliegos tipos, se ha reservado la facultad para que la Agencia, previas las justificaciones del caso, las cuales tendrán que estar sustentadas en los principios de razonabilidad y proporcionalidad y orientadas a darle aplicación práctica y concreta a los fines y propósitos que guarda la contratación pública, pueda autorizar la inclusión de modificaciones a dicho documentos, con la intención de ajustarlos a una situación particular y especial.

 Sin perjuicio de lo anterior, para tales efectos, las entidades públicas deben actuar dentro del marco constitucional y legal vigente. Por un lado, la entidad pública debe tener en cuenta las disposiciones normativas aplicables, como, por ejemplo, el último aparte del inciso 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que establece el deber de garantizar las condiciones de «[…] calidad y cumplimiento del objeto contractual». Por otro lado, no es posible que a través de este tipo de cláusulas se desconozcan los principios de la función administrativa o se adopten medidas discriminatorias.

 Igualmente, esta agencia considera que la decisión de la entidad de incluir una cláusula contractual como la que se propone en la consulta *sub examine*, aunque autónoma, debe llevarse a cabo en el marco de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como también debe estar precedida de la correspondiente planeación, argumentación y justificación, como se exige para el ejercicio de cualquier competencia discrecional de las autoridades administrativas en el ordenamiento colombiano. De esa forma, la entidad tendrá que hacer explícita su decisión durante la fase precontractual, por ejemplo, en los estudios previos, y, adicionalmente, dar cuenta de ella en el pliego de condiciones, puntualmente al referirse a la minuta del contrato, en los términos del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

 En suma, la Agencia Nacional de Contratación Pública reitera que, en lo que tiene que ver con la ejecución de contratos estatales y con la provisión de bienes y servicios por parte de mujeres, hasta que el Gobierno Nacional no reglamente las condiciones de aplicación del artículo 12, inciso 4, de la Ley 1150 de 2007, no es posible que las entidades establezcan «mecanismos de fomento» en los pliegos de condiciones, entendidos estos como los «incentivos precontractuales», precisamente, por la falta de desarrollo reglamentario en relación con las circunstancias para que esto sea posible. Sin embargo, en esta ocasión aclara que esta regla circunscribe la noción «mecanismos de fomento» a las medidas que pueden modificar el puntaje de las propuestas u otros mecanismos precontractuales, de lo que se sigue que dicha regla no tiene la entidad suficiente para prohibir otras medidas de protección a las mujeres como el establecimiento de obligaciones contractuales, lo que podría darse en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

1. **Respuesta**

«¿Es viable incluir como obligación contractual a un contratista de obra de infraestructura el contar con un porcentaje mínimo de población de mujeres dentro del personal implementado para el cumplimiento del contrato?».

La Agencia Nacional de Contratación Pública considera que sí es posible hacerlo, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este concepto. Sin embargo, esta agencia considera que la decisión de la entidad de incluir una cláusula contractual como la que se propone en la consulta *sub examine*, aunque autónoma, debe llevarse a cabo en el marco de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como también debe estar precedida de la correspondiente planeación, argumentación y justificación, como se exige para el ejercicio de cualquier competencia discrecional de las autoridades administrativas en el ordenamiento colombiano. De esa forma, la entidad contratante tendrá que hacer explícita su decisión durante la fase precontractual del proceso, por ejemplo, en los estudios previos, y, adicionalmente, dar cuenta de lo decidido en el pliego de condiciones, puntualmente al referirse a la minuta del contrato, en los términos del numeral 11 del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

 Igualmente, Colombia Compra Eficiente considera necesario precisar que, en todo caso, las entidades públicas deben actuar dentro del marco constitucional y legal vigente. Por un lado, la entidad pública debe tener en cuenta las disposiciones normativas aplicables, como, por ejemplo, el último aparte del inciso 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que establece el deber garantizar las condiciones de «[…] calidad y cumplimiento del objeto contractual», entre otras disposiciones de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, no es posible que a través de este tipo de cláusulas se desconozcan los principios de la función administrativa o se adopten medidas discriminatorias.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño y Felipe HadadContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual (E) |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. EUROPEAN COMMISSION. Buying Green – A handbook on green procurement, 2016, disponible en: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf [↑](#footnote-ref-1)
2. ARROWSMITH, SUE. Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía, Revista Digital de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 224-226. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem, p. 227. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 8 de marzo de 2017, rad. 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298). CP. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-4)
5. DUQUE BOTERO, Juan David. Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 52. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver entre otras las sentencias CORTE CONSTITUCIONAL. C– 135 de 17 de marzo de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C–412 del 1 de julio de 2015 M. P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-6)
7. Gaceta No. 656 del 22 de septiembre de 2005. p. 10. [↑](#footnote-ref-7)
8. Gaceta No. 90 del 28 de abril de 2006. p. 7. [↑](#footnote-ref-8)
9. «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». [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. [↑](#footnote-ref-11)
12. Parágrafo introducido por el artículo 1 de la Ley 2020 de 2020. [↑](#footnote-ref-12)