CCE-DES-FM-17

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad**

El pasado 31 de diciembre, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para de impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. Pensada en clave de reactivación de la economía y fomento a la actividad emprendedora, la ley propicia un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad[[1]](#footnote-1). De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019.

**RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias**

[…] quien opte por la tesis de la *aplicación directa* debe sostener que la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite.

[…]

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

**REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020 – Documentos tipo – Licitación – Selección abreviada de menor cuantía – Infraestructura de transporte**

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

[…]

[…] en el artículo 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 esta norma. 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 las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección. Hasta que estos temas no estén reglamentados, no son exigibles de los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo de licitación y selección abreviada de menor cuantía de obra pública para infraestructura de transporte.

Bogotá D.C., **02/03/2021 16:38**

**N° Radicado: RS20210302001558**

Señora

**Nancy Judith Mesa**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 040 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad / RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias / REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020 – Documentos tipo – Licitación – Selección abreviada de menor cuantía – Infraestructura de transporte |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta P20210120000428 |

Estimada señora Mesa:

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 la consulta realizada el 20 de enero de 2021.

1. **Problema planteado**

Sobre la Ley de Emprendimiento, usted realiza las siguientes preguntas: i) «[...] Teniendo en cuenta El Decreto Ley 2069 de 2020, artículos 33, 34 y 35; en forma comedida me permito solicitar sea informado cuando se hará los ajustes en los pliegos tipo con respecto a los criterios de desempate para procesos de SELECCIÓN ABREVIADA y LICITACIÓN; además la manifestación de interés de por lo menos 2 mipymes antes de la apertura del proceso» y ii) «De igual manera se solicita se informe cuando se efectuará el ajuste a la guía de análisis del sector que incluya la disposición del artículo 33 del Decreto LEY 2069 DE 2020, con respecto a los siguientes aspectos: DEBERÁ en el ANÁLISIS DEL SECTOR identificar las MIPYMES Potenciales proveedoras directa o indirectas, Establecerá procedimiento administrativo que facilite a las MIPYME el cumplimiento de requisitos y trámite de pedido, recepción de bienes, condiciones de pago- sobre su programa de inversión y gasto, y Promoverá la división de procesos en LOTES que faciliten la participación e MIPYMES».

1. **Consideraciones**

Para resolver la inquietud planteada respecto a los documentos tipo de licitación –versión 3– y selección abreviada de menor cuantía –versión 2– de obra pública de infraestructura de transporte, se explicará la necesidad de la reglamentación del artículo 34 de la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020 como una condición para su entrada vigencia, previo análisis del contenido normativo de las disposiciones citadas en la consulta.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020 y C-551 del 24 de septiembre de 2020, explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. Igualmente, en los Conceptos C-009, 012, 013, 015, 016, 026 del 4 de febrero de 2021, así como en los Conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-005 y C007 del 16 de febrero de 2021, se analizaron algunos aspectos sobre la aplicación de la Ley de Emprendimiento. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

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

El pasado 31 de diciembre, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. Dicha Ley busca generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad[[2]](#footnote-2). De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019[[3]](#footnote-3).

Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país; ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública; iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación; iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional; v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana; así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas[[4]](#footnote-4).

Para efectos de la consulta, los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Estas disposiciones también se aplican en los procedimientos de selección regidos por documentos tipo, pues son transversales al sistema de compras y contratación pública. Por ello, antes de analizar si la reglamentación de las normas anteriormente citadas es una condición para su entrada en vigencia, conviene precisar su sentido y alcance:

***2.1.1. Promoción d******el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas***

El artículo 33 de la Ley 2069 de 2020 modifica el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, el cual regula la promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas. Al respecto, contiene una serie de deberes para las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, cuyo incumplimiento estructura una causal de mala conducta[[5]](#footnote-5). Las obligaciones citadas fomentan la actividad de las empresas que, por su tamaño o capacidad económica, no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas que cuentan con grandes capitales y plantas de personal. De esta manera, no solo estas pequeñas unidades de explotación económica se hacen visibles dentro del mercado de bienes y servicios requeridos por las entidades públicas, sino que se promueve de manera directa el crecimiento de las regiones en las que se desarrolla tal actividad económica.

Lo importante es que la norma analizada no alude a la necesidad de una reglamentación posterior, por lo que los deberes prescritos en el artículo 33 de la Ley 2069 de 2020 son de cumplimiento inmediato. Por tanto, conforme al marco normativo que regule el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para el acatamiento de esta disposición. Esto con independencia de que el procedimiento se rija o no por los documentos tipo implementados mediante las Resoluciones 240 y 241 del 27 de noviembre de 2020, pues la norma en comento es transversal al sistema compras y contratación pública.

Para efectos de la consulta, quienes adelanten procedimientos de selección deben adoptar directamente las medidas para cumplir con los numerales 1, 4 y 6 del artículo 33 de la Ley de Emprendimiento, por lo que no es necesario ajustar las guías de la Agencia como una condición necesaria para su exigibilidad. *Por un lado*, en lo que respecta a la obligación de identificar a la mipymes en el análisis del sector, las entidades deben acatar este deber en el marco de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, identificando todos los posibles proveedores de la obra, bien o servicio que se requiera[[6]](#footnote-6).

*Por otra parte*, deben facilitar a las mipymes el cumplimento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y de gasto. Dentro de los límites de la competencia para estructurar los documentos del proceso, algunos de estos aspectos pueden configurarse en el pliego de condiciones o la minuta del contrato. En contraste, otros se cumplen en el marco de la publicación de la información contractual, por ejemplo, la reportada en el plan anual de adquisiciones y en el SECOP.

*Finalmente*, las entidades deben promover la división en lotes o segmentos que faciliten la participación de las mipymes. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.1, numeral 3, del Decreto 1082 de 2015, para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes, la norma prescribe que en los pliegos definirán «[…] el contenido de cada uno de las partes o lotes, si la adquisición se pretende hacer por partes». Además, los documentos tipo para obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía también permiten la división por lotes. Por ello, con fundamento en el artículo 33.6 de la Ley de Emprendimiento, la entidad también debe promover a la adjudicación por lotes en los documentos del proceso de selección, pues garantiza la participación y la pluralidad de oferentes.

***2.1.2. Promoción del desarrollo en la contratación pública***

El artículo 34 de la Ley de Emprendimiento modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Inicialmente, la redacción de la Ley 1150 fue modificada por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, pero esta última quedó derogada con la expedición de la Ley de Emprendimiento. Resaltando los cambios relevantes, la norma 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 Contratación[[7]](#footnote-7). (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 de 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 congela en el rango de ley el número de interesados que debe solicitar la limitación.

Sin embargo, también alude a la necesidad del desarrollo reglamentario posterior, por lo que no es posible aplicarla directamente desde la fecha de su expedición. Lo propio sucede cuando la norma dispone que «[…] 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 […]». Esto significa que los mecanismos de fomento requieren un desarrollo posterior para su aplicación en los procedimientos contractuales. En consecuencia, no es exigible en los procedimientos regidos por los documentos tipo de licitación y selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte hasta que esta obligación se desarrolle en el decreto correspondiente.

Para efectos de la consulta, conviene preguntarse qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. Conforme a lo explicado en el Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020, dicho artículo del Decreto reglamentario 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 –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– 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, 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. Sin embargo, no es solo por una razón formal que se deduce la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, sino también por un argumento material, como se explica a continuación.

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 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, 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.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

***2.1.3. Factores de desempate***

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula los factores de desempate[[8]](#footnote-8). Conforme a la norma citada, estos aplican en los procedimientos de selección de las entidades sometidas al Estatuto General, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. Incluso, al consagrarse en la ley, generan la derogación y decaimiento de los previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, pues se trata de una norma superior y posterior que genera la pérdida de los fundamentos de derecho en los previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Aunque algunas normas de la Ley de Emprendimiento aluden a la reglamentación posterior, esta no condiciona la vigencia del artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020, incluidos aquellos que se rijan por los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte.

*En resumen*, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 alude a la necesidad de expedir normas complementarias, mientras que los artículos 33 y 35 –sin perjuicio del ejercicio eventual de la competencia prevista en el artículo 189.11 superior– son de aplicación directa. Por tanto, corresponde analizar si la reglamentación de las normas citadas condiciona o no su entrada en vigencia. Este tema se abordará en el siguiente acápite.

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

Entre otros aspectos, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el gobierno nacional reglamentará las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección. En este contexto, es necesario analizar si las entidades pueden aplicar directamente la norma citada o, por el contrario, si su efectividad está condicionada a la expedición del reglamento correspondiente.

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

De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, la jurisprudencia explica que la competencia reglamentaria prevista en el artículo 189.11 superior también corresponde a un poder discrecional[[9]](#footnote-9). En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Este es el caso de lo previsto en los artículos 33 y 35 de la Ley de Emprendimiento. En relación con el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, la legislación consagra una serie de deberes que deben cumplir los destinatarios en su gestión contractual. Aunque el alcance de estas obligaciones puede delimitarse por otras leyes o reglamentos, lo importante es que el artículo 33 consagra elementos mínimos que las entidades deben acatar so pena de una causal de mala conducta. Esto con independencia de que el procedimiento se rija o no por los documentos tipo implementados mediante las Resoluciones 240 y 241 del 27 de noviembre de 2020, pues una norma transversal al sistema compras y contratación pública.

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 –incluidos los que se rigen por documentos tipo–, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos. De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 3 para los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no requiere de una reglamentación previa para su exigibilidad.

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

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla en la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

Este criterio también es aplicable a los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones 248 y 249 del 1º de diciembre de 2020, pues si bien el numeral 2.6 del documento base se refiere a los factores de desempate del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, el numeral 1.17, literal H, dispone específicamente que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorio en los documentos tipo conforme numeral citado del pliego de condiciones.

Sin embargo, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Expedida la resolución correspondiente quedará limitada la discrecionalidad de las entidades estatales en lo que se refiere a la forma de acreditar los factores de desempate, dado que –conforme a la Ley 2022 de 2020– las entidades deberán aplicar obligatoriamente las modificaciones que se hagan a los documentos tipo.

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

En efecto, esta disposición contiene un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional[[10]](#footnote-10). Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce «[…] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que […] la concreten» (Corchetes fuera de texto)[[11]](#footnote-11).

Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal, ya que –conforme a los antecedentes de la consulta– el procedimiento para la cesión unilateral del contrato del artículo 9 de la Ley 2014 de 2019 también está condicionado por su reglamentación previa en los términos del parágrafo 2 *ibidem[[12]](#footnote-12)*. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato[[13]](#footnote-13).

Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una norma que establece un plazo es la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía «la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación». El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección, la selección abreviada; pero esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: la expedición del reglamento. Sobre este asunto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

[…] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)[[14]](#footnote-14).

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

Para la Subdirección de Gestión Contractual, las consideraciones de los párrafos precedentes también son aplicables al tema objeto de consulta, ya que el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Por ello, en ausencia de desarrollo normativo posterior existe una *laguna técnica* que impide aplicar estas disposiciones.

En este caso, la necesidad de la reglamentación previa también deriva de los antecedentes legislativos. En lo pertinente, el texto inicial del artículo 17 del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 disponía que la necesidad del reglamento en lo relacionado con las convocatorias limitadas a mipymes, así como el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección[[15]](#footnote-15). La remisión al reglamento es razonable y está justificada, pues si eventualmente la concreción de estos aspectos se dejara a la discrecionalidad de las entidades contratantes, generaría un clima de inseguridad e incertidumbre para los interesados en acceder al sistema de compras públicas. Desde esta perspectiva, la exigencia de la reglamentación tiene pretensiones unificadoras.

Por tanto, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando «[…] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria […]»[[16]](#footnote-16). En este tipo de situaciones, «[…] las autoridades no tienen -ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación»[[17]](#footnote-17).

En ese orden de ideas, es posible afirmar que, en el artículo 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 esta norma. 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 las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección. Hasta que estos temas no estén reglamentados, no son exigibles de los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo de licitación y selección abreviada de menor cuantía de obra pública para infraestructura de transporte.

1. **Respuesta**

i) «[...] Teniendo en cuenta El Decreto Ley 2069 de 2020, artículos 33, 34 y 35; en forma comedida me permito solicitar sea informado cuando se hará los ajustes en los pliegos tipo con respecto a los criterios de desempate para procesos de SELECCIÓN ABREVIADA y LICITACIÓN; además la manifestación de interés de por lo menos 2 mipymes antes de la apertura del proceso».

Conforme a lo explicado en el presente concepto, en el artículo 34 el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020. Por tanto, hasta que no se desarrolle la limitación a mipymes en el reglamento, esta no es exigible en los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo de licitación –versión 3– y selección abreviada de menor cuantía –versión 2– para obra pública de infraestructura de transporte.

En contraste, las entidades públicas deben aplicar los artículos relacionados con el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas y con los factores de desempate. Esto con independencia de que el procedimiento se rija o no por los documentos tipo implementados a través de las Resoluciones 240 y 241 del 27 de noviembre de 2020, pues son temas transversales al sistema compras y contratación pública.

Por un lado, el artículo 33 no alude a la necesidad de una reglamentación posterior, por lo que los deberes prescritos en este son de cumplimiento inmediato. Es decir, conforme al marco normativo que regule el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para el acatamiento de esta disposición. Por otra parte, 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 –incluidos los que se rigen por documentos tipo–, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos.

Respecto a este último punto, es necesario considerar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere cada causal. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla en la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

Sin embargo, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Expedida la resolución correspondiente quedará limitada la discrecionalidad de las entidades estatales en lo que se refiere a la forma de acreditar los factores de desempate, dado que –conforme a la Ley 2022 de 2020– las entidades deberán aplicar obligatoriamente las modificaciones realizadas a los documentos tipo.

ii) «De igual manera se solicita se informe cuando se efectuará el ajuste a la guía de análisis del sector que incluya la disposición del artículo 33 del Decreto LEY 2069 DE 2020, con respecto a los siguientes aspectos: DEBERÁ en el ANÁLISIS DEL SECTOR identificar las MIPYMES Potenciales proveedoras directa o indirectas, Establecerá procedimiento administrativo que facilite a las MIPYME el cumplimiento de requisitos y trámite de pedido, recepción de bienes, condiciones de pago- sobre su programa de inversión y gasto, y Promoverá la división de procesos en LOTES que faciliten la participación e MIPYMES».

Quienes adelanten procedimientos de selección deben adoptar directamente las medidas para cumplir con los numerales 1, 4 y 6 del artículo 33 de la Ley de Emprendimiento, por lo que no es necesario ajustar las guías de la Agencia como una condición necesaria para su exigibilidad. *Por un lado*, en lo que respecta a la obligación de identificar a la mipymes en el análisis del sector, las entidades deben acatar este deber en el marco de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, identificando todos los posibles proveedores de la obra, bien o servicio que se requiera[[18]](#footnote-18).

*Por otra parte*, deben facilitar a las mipymes el cumplimento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y de gasto. Dentro de los límites de la competencia para estructurar los documentos del proceso, algunos de estos aspectos pueden configurarse en el pliego de condiciones o la minuta del contrato. En contraste, otros se cumplen en el marco de la publicación de la información contractual, por ejemplo, la reportada en el plan anual de adquisiciones y en el SECOP.

*Finalmente*, las entidades deben promover la división en lotes o segmentos que faciliten la participación de las mipymes. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.1, numeral 3, del Decreto 1082 de 2015, para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes, la norma prescribe que en los pliegos definirán «[…] el contenido de cada uno de las partes o lotes, si la adquisición se pretende hacer por partes». Además, los documentos tipo para obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía también permiten la división por lotes. Por ello, con fundamento en el artículo 33.6 de la Ley de Emprendimiento, la entidad también debe promover a la adjudicación por lotes en los documentos del proceso de selección, pues garantiza la participación y la pluralidad de oferentes.

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

Atentamente,



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

1. Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, «La presente Ley tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad.

   »Dicho marco delineará un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicos de cada región». [↑](#footnote-ref-1)
2. Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, «La presente Ley tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad.

   »Dicho marco delineará un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicos de cada región». [↑](#footnote-ref-2)
3. Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>). [↑](#footnote-ref-3)
4. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 33 de la Ley de Emprendimiento dispone lo siguiente: «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.

   »2. Desarrollarán programas de aplicación de la normativa del Sistema de Compra Pública, en especial, la relacionada con las disposiciones que promueven la participación de las MIPYMES en las compras públicas, los incentivos y el Secop.

   »3. Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden.

   »4. Establecerán, en observancia de lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley, procedimientos administrativos que faciliten a micro, pequeñas y medianas empresas, el cumplimento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información, por medios idóneos, sobre sus programas de inversión y de gasto.

   »5. Preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las MIPYMES nacionales.

   »6. Promoverán la división del Proceso de Contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las MIPYMES en el Proceso de Contratación.

   »7. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, crearán un sistema de indicadores con el fin de evaluar anualmente la efectividad de la inclusión de las MIPYMES al mercado de compras públicas. A partir de esta evaluación, el Gobierno Nacional promoverá las mejoras que faciliten el acceso de éstas al mercado estatal a través de la implementación de ajustes normativos, nuevas herramientas, incentivos e instrumentos financieros.

   »8. En los dos primeros meses de cada año las entidades estatales definidas en este artículo deberán remitir información a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, sobre el cumplimiento y resultados de la adopción de las medidas establecidas en la presente disposición durante el año inmediatamente anterior, lo cual servirá como insumo para la evaluación anual de qué trata el presente numeral.

   »PARÁGRAFO. El incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta». [↑](#footnote-ref-5)
6. Esta norma dispone lo siguiente: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso». [↑](#footnote-ref-6)
7. 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 beneficien 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. [↑](#footnote-ref-7)
8. «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes.

   »1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

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

   »3. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

   »4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

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

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

   »7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

   »8. Preferir la oferta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.

   »9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.

   »10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de pagos realizados a MIPYNIES, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una MIPYME, cooperativa o asociación mutual que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutual aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

   »11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.

   »12. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los Documentos del Proceso.

   »Parágrafo 1°. Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas.

   »Parágrafo 2°. Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

   »Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». [↑](#footnote-ref-8)
9. El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes». [↑](#footnote-ref-9)
10. 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). [↑](#footnote-ref-10)
11. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[…] 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.» (*Ibidem*). [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta norma dispone lo siguiente: «Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

    »Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

    »Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

    »Parágrafo 1. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

    »Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

    »Parágrafo 2. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-17)
18. Esta norma dispone lo siguiente: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso». [↑](#footnote-ref-18)