**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales**

La contratación pública puede ser utilizada 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 son utilizadas, 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».

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales – Incentivos contractuales**

La política horizontal […] consiste en el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal, como instrumento, aun cuando no se trate del objetivo directo y principal de esta actividad administrativa. Por su parte, el incentivo corresponde a la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines–, como es el caso, se reitera, de los criterios de desempate, puntaje adicional, o convocatorias reservadas.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Compras Públicas Locales – Política horizontal – Puntaje adicional – Ley 2046 de 2020**

Así pues, de la lectura de la norma se determina que las entidades «del nivel nacional, departamental, distrital, municipal, sociedades de economía mixta, y entidades privadas que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional, que demanden de forma directa o a través de interpuesta persona, alimentos para el abastecimiento y para suministro de productos de origen agropecuario» deben establecer y asignar de manera proporcional un puntaje mínimo del 10% de los puntos a los proponentes que se comprometan a adquirir alimentos a pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones en un porcentaje superior al exigido por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Siendo así, los proponentes que dentro de su propuesta oferten mayores cantidades de productos a adquirir de productores locales o de productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones tienen derecho a que les sea otorgado un puntaje adicional, el cual podrá ser determinado por la entidad estatal o en su defecto el reglamento de la norma establecerá las condiciones bajo las cuales se determinará la proporcionalidad en la asignación del puntaje contemplado por la norma.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Compras Públicas Locales – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2046 de 2020**

Respecto del criterio de desempate contenido en la norma, el literal b) del artículo 7 establece «estas entidades establecerán en todos los documentos de sus procesos de contratación, que el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compras públicas locales a pequeños productores agropecuarios y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria y sus organizaciones a que se comprometen será tenido en cuenta como factor de desempate entre propuestas que obtengan el mismo puntaje total de calificación» lo que lo convierte en una obligación contractual por mandato de la ley –otra forma de materializar políticas horizontales– en caso de que la adjudicación del contrato se hubiera obtenido con base en este criterio.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Ley 2046 de 2020 – Criterio de desempate – Necesidad del reglamento**

En ese orden de ideas, es posible afirmar la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la ley 2046 de 2020. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma sometió su vigencia a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico.

Bogotá D.C., **31/08/2020 Hora 16:15:57s**

**N° Radicado: 2202013000008143**

Señora

**Claudia Janeth Cuéllar Camacho**

Ciudad

**Concepto C ─ 571 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales – Incentivos contractuales / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Compras Públicas Locales – Política horizontal – Puntaje adicional – Ley 2046 de 2020 / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Compras Públicas Locales – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2046 de 2020 / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Ley 2046 de 2020 – Criterio de desempate – Necesidad del reglamento |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202015000007218 |

Estimado señor Salcedo:

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 21 de agosto de 2020.

1. **Problemas planteados**

Teniendo en cuenta que el artículo 7 de la Ley 2046 de 2020, usted formula las siguientes preguntas: «solicito su concepto en cuanto a la inclusión en los pliegos de condiciones un puntaje de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, asignados proporcionalmente a aquellos proponentes que se obliguen a adquirir productos proveniente de pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la agricultura campesina, familiar o comunitaria locales y sus organizaciones. Así mismo, que sea tenido en cuenta como factor de desempate»

1. **Consideraciones**

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta, hay que analizar las políticas horizontales en la contratación pública, los incentivos contractuales, los tipos de incentivos reconocidos por el ordenamiento y la nueva opción establecida en el artículo 7 de la Ley 2046 de 2020, que crea un porcentaje mínimo de compra local a pequeños productores y productores de la agricultura campesina, familiar y comunitaria, un incentivo y criterio de desempate en virtud del cual será tenido en cuenta como factor de desempate el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compras públicas locales a pequeños productores agropecuarios y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria y sus organizaciones a que se comprometen.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la promoción y el fomento de la industria nacional, como uno de los incentivos en materia contractual, en los conceptos C–043 de 15 del enero de 2020, C–029 de 12 del febrero de 2020, C–073 del 28 de febrero de 2020, C–123 del 5 de marzo de 2020, C–114 del 6 de marzo de 2020, C–178 del 16 de marzo de 2020, C–119 del 18 de marzo de 2020, y C–460 de 2020 del 14 de julio de 2020.

Asimismo, en el concepto con radicado No. 4201912000004631 del 31 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, C–019 del 14 de enero de 2020, C–030 del 28 de enero de 2020, C–026 del 11 de febrero de 2020, C–063 del 24 de febrero de 2020, C–119 del 18 de marzo de 2020, C–137 del 26 de marzo de 2020 y C–196 del 8 de abril de 2020, estudió los requisitos para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad en la planta de personal, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018.

Por último, esta Agencia ha estudiado los incentivos en materia de Mipymes en los conceptos del 5 y el 20 de agosto de 2019 –radicados Nos. 2201913000005596 y 2201913000006007–, y recientemente en los conceptos CU–021 del 21 de febrero de 2020, C–050 del 25 de febrero de 2020, C–058 del 25 de febrero de 2018, , C–092 del 4 de marzo de 2020, C–083 del 11 de marzo de 2020, C–045 del 17 de marzo de 2020, C–197 del 26 de marzo de 2020, C–258 del 17 de abril de 2020, C–214 del 21 de abril de 2020, C–302 del 12 de junio de 2020 y C–482 del 27 de julio de 2020.

**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 s 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, es necesario distinguir entre «política horizontal» e «incentivo contractual». 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, aun cuando no se trate del objetivo directo y principal de esta actividad administrativa. 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 o convocatorias reservadas.

 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.

 A continuación se expondrán, brevemente, algunos casos de «políticas horizontales», así como los incentivos utilizados para materializarlas en el ordenamiento colombiano, que preexisten la expedición de la Ley 2046 de 2020.

Respecto de la promoción de la industria nacional, el artículo 1 de la Ley 816 de 2003 establece la obligatoriedad, para las entidades de la Administración pública, de adoptar criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional. Este artículo dispone:

Artículo 1. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Además, el artículo 2 de la misma ley, de forma expresa, determina el puntaje que las entidades deben incluir dentro de los criterios de calificación de las propuestas para promover la industria colombiana:

Artículo 2. Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez [10] y el veinte por ciento [20%], para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco [5] y el quince por ciento [15%], para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

De esta manera, la norma establece dos supuestos para asignar puntaje. Por un lado, se encuentran los proponentes que oferten bienes o servicios nacionales y los proponentes que tienen trato nacional producto de los acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados[[6]](#footnote-6). Por otro lado están los proponentes extranjeros que no tengan trato nacional y oferten la incorporación de componente colombiano de bienes o servicios.

Asimismo, el Decreto 1082 de 2015 definió los «Servicios Nacionales» como aquellos prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, o por personas jurídicas constituidas en Colombia conforme a lo previsto en las disposiciones de la legislación colombiana[[7]](#footnote-7).

De otra parte, la Ley 1618 de 2013 estableció disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de personas en condición de discapacidad[[8]](#footnote-8). El artículo 13 *ibídem* ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta de personal cuenten con personal en situación de discapacidad:

Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.

[…]

8. Los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

Como la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley, respecto del puntaje adicional, se expidió el Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». Este Decreto, compilado en el Decreto 1082 de 2015, obliga a las entidades a otorgar un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina la integran personas en situación de discapacidad.

Finalmente, el articulo 12 la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, estableció las convocatorias limitadas a Mipymes en contratación pública, en los siguientes términos:

Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. 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 selección, *las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento* […] (Cursivas fuera de texto).

El Decreto 1082 de 2015 reglamentó la norma transcrita, adoptando medidas para incentivar a las Mipymes en la contratación pública. Dentro de estas medidas se destacan las «convocatorias limitadas a Mipymes» y la «limitación territorial» a Mipymes, contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. Este último dice lo siguiente:

Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2., por su parte, dispone que:

La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

1. El valor del Proceso de Contratación es 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;

2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación.

Puede decirse, entonces, que el Decreto 1082 de 2015 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas, las cuales, sin embargo, deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, una disposición prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales, y por el otro se establece la posibilidad de regular la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios donde se ejecutará el contrato.

En los ejemplos señalados, a modo enunciativo, las políticas se han materializado otorgando puntos adicionales o mediante la modalidad de contratación reservada o limitada –para el caso de las Mipymes–. No obstante, los incentivos contractuales o precontractuales no se agotan allí. En adición a esos incentivos, el ordenamiento prevé uno adicional: los criterios de desempate. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 dispone:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

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

2.    Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

3.    Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

4.    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 consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, 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.

5.    Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

**2.2. El artículo 7º de la Ley 2046 de 2020: incentivo contractual y política horizontal**

Con base en las explicaciones anteriores es posible entender, de manera más sencilla, el contenido de la Ley 2046 de 2020, «Por la cual se establecen mecanismos para promover la participación de pequeños productores locales agropecuarios y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los mercados de compras públicas de alimentos». En esta ley la política del legislador es clara: establecer medidas que incrementen la vinculación y participación de los pequeños productores y la agricultura campesina en los procesos de contratación estatal que involucren abastecimiento de alimentos.

 La Ley adopta instrumentos diversos: la creación de la Mesa Técnica Nacional de Compras Públicas Locales de Alimentos como «como instancia articuladora de la política de compras públicas locales de alimentos» –artículo 5–, el establecimiento de un porcentaje mínimo de adquisición de alimentos provenientes de pequeños productores locales y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria y sus organizaciones legalmente constituidas –artículo 7, literal a–, la obligación de asignar un puntaje mínimo del 10% proponentes que se obliguen a adquirir productos provenientes de pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones –artículo 7, literal b–, y, finalmente, el establecimiento de un criterio de desempate en virtud del cual será tenido en cuenta como factor de desempate el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compras públicas locales a pequeños productores agropecuarios y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria y sus organizaciones a que se comprometen – artículo 7, literal b –. Todos estos son mecanismos para cumplir su finalidad: incrementar la participación de los pequeños productores y la agricultura campesina en las compras del Estado.

En primer lugar y para dar respuesta a su primera pregunta, en este asunto debe tenerse 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[[9]](#footnote-9). La Ley 2046 de 2020, en principio, no parece ser la excepción, pues el artículo 14 dispone: «La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias».

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 ley que establece un plazo es la 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. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «[h]asta 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, sin embargo, esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: expedir el Reglamento. Visto lo anterior, los efectos en el tiempo en ocasiones no son claros. En estos casos le corresponde al interprete definir el tema.

En este caso, debe estudiarse si la Ley 2046 de 2020 tiene una condición para empezar a regir concretamente el contenido b) del artículo 7. El artículo 7 dispone expresamente que «A partir de la entrada en vigencia de la presente ley» las entidades deberán aplicar los instrumentos contenidos en dicho artículo y por tanto, inicialmente y de una lectura exegética de la norma, lo dispuesto por el artículo 7 debería aplicarse desde su entrada en vigencia; sin embargo, el mismos artículo somete la vigencia del literal a) a una condición que entraremos a explicar.

 El artículo 7 de la Ley 2046 de 2020 respecto del porcentaje mínimo de adquisición de alimentos provenientes de pequeños productores locales y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria y sus organizaciones legalmente constituidas establece:

Artículo 7°. Porcentajes mínimos de compra local a pequeños productores y productores de la agricultura campesina, familiar y comunitaria. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley:

b. Las entidades compradoras de alimentos a que hace referencia el artículo 3° deberán establecer en sus pliegos de condiciones un puntaje mínimo del 10% de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, los cuales serán asignados proporcionalmente a aquellos proponentes que se obliguen a adquirir productos provenientes de pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones, en una proporción mayor al mínimo exigido por la entidad contratante.

Estas entidades establecerán en todos los documentos de sus procesos de contratación, que el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compras públicas locales a pequeños productores agropecuarios y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria y sus organizaciones a que se comprometen será tenido en cuenta como factor de desempate entre propuestas que obtengan el mismo puntaje total de calificación.

Así pues, de la lectura de la norma se determina que las entidades «del nivel nacional, departamental, distrital, municipal, sociedades de economía mixta, y entidades privadas que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional, que demanden de forma directa o a través de interpuesta persona, alimentos para el abastecimiento y para suministro de productos de origen agropecuario» deben establecer y asignar de manera proporcional un puntaje mínimo del 10% de los puntos a los proponentes que se comprometan a adquirir alimentos a pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones en un porcentaje superior al exigido por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Así pues, de la lectura de la norma se determina que las entidades «del nivel nacional, departamental, distrital, municipal, sociedades de economía mixta, y entidades privadas que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional, que demanden de forma directa o a través de interpuesta persona, alimentos para el abastecimiento y para suministro de productos de origen agropecuario» deben establecer y asignar de manera proporcional un puntaje mínimo del 10% de los puntos a los proponentes que se comprometan a adquirir alimentos a pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones en un porcentaje superior al exigido por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Siendo así, los proponentes que dentro de su propuesta oferten mayores cantidades de productos a adquirir de productores locales o de productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones tienen derecho a que les sea otorgado un puntaje adicional, el cual podrá ser determinado por la entidad estatal o en su defecto el reglamento de la norma establecerá las condiciones bajo las cuales se determinará la proporcionalidad en la asignación del puntaje contemplado por la norma.

La dificultad práctica, frente a la nueva ley, radica en que, exclusivamente con base en el ordenamiento vigente, no es posible determinar con certeza cómo debe articularse el criterio de desempate de la Ley 2046 de 2020 con los que preexisten en el ordenamiento.

En relación con este aspecto, el artículo 7 de la Ley 2046 de 2020 simplemente ordena que «será tenido en cuenta como factor de desempate», lo cual, bajo una interpretación literal y aislada del parágrafo podría llevar a pensar que se ubica en el primer lugar, por tratarse de una ley posterior. Pero otra interpretación podría ser, como se ha sugerido en consultas dirigidas a esta Subdirección, que el criterio debe ubicarse en el cuarto lugar de preferencia en el orden que indica el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, quizás bajo la idea de que se trata del «nuevo criterio».

En este asunto es procedente hacer referencia a la potestad reglamentaria. El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” o precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella»[[10]](#footnote-10). Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional[[11]](#footnote-11), a saber: i) necesidad, es decir que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva[[12]](#footnote-12); y ii) finalidad, elemento de acuerdo con el cual los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos[[13]](#footnote-13).

En efecto, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, ya que busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto respetando los límites propios de la facultad. Sobre este asunto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. Sobre ello, el Consejo de Estado ha dicho:

Además, 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).

Claro está que la existencia y reconocimiento de la potestad reglamentaria no siempre implica que la ley se encuentre sometida a condición para entrar a regir; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, sí es posible utilizar el reglamento como un medio para que la ley tenga efectiva aplicabilidad y produzca sus efectos en el tiempo.

En ese orden de ideas, es posible afirmar la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la ley 2046 de 2020. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma sometió su vigencia a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico.

1. **Respuesta**

«[…] el «solicito su concepto en cuanto a la inclusión en los pliegos de condiciones un puntaje de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, asignados proporcionalmente a aquellos proponentes que se obliguen a adquirir productos proveniente de pequeños productores agropecuarios locales y/o a productores de la agricultura campesina, familiar o comunitaria locales y sus organizaciones. Así mismo, que sea tenido en cuenta como factor de desempate»

Los proponentes que dentro de su propuesta oferten mayores cantidades de productos a adquirir de productores locales o de productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones tienen derecho a que les sea otorgado un puntaje adicional, el cual podrá ser determinado por la entidad estatal o en su defecto el reglamento de la norma establecerá las condiciones bajo las cuales se determinará la proporcionalidad en la asignación del puntaje contemplado por la norma.

Ahora, la Ley 2046 de 2020 no determinó el orden y jerarquía en el que se debe introducir en el reglamento el «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico, por tanto, es necesario un reglamento que de claridad sobre la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico garantizando el efectivo cumplimiento de la Ley 2046 de 2020.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

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. Acorde con el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente: «la Entidad Estatal debe dar a los bienes y servicios de los Estados con quienes Colombia ha suscrito un Acuerdo Comercial, el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos cuando un Acuerdo Comercial es aplicable a un Proceso de Contratación.

»[…]

»La Entidad Estatal también debe conceder trato nacional a aquellos bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015». [↑](#footnote-ref-6)
7. «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[…]

»Servicios Nacionales: Servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1618 de 2013: «Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009» [↑](#footnote-ref-8)
9. En ese sentido, ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monry Cabra. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia C 810 de 2014, Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, el Congreso puede dictar normas minuciosamente detalladas, en cuyo caso no será necesaria la expedición de decretos reglamentarios; o puede limitarse a dictar una ley de contenidos generales y dejar al Gobierno nacional la potestad de completar todos los aspectos que sean necesarios para su correcta ejecución. Por su parte, no puede el presidente saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de reglamentación por el legislador, pues si se repite con exactitud el contenido de las normas reglamentadas se violaría el principio conocido como “prohibición de tautología legal”. Ver Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta; Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez; Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973). [↑](#footnote-ref-12)
13. De acuerdo con la Sentencia C 037 de 2000, si bien la Constitución Política no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. [↑](#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)