**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley. En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «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». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública . También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento , se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación .

**LEY 2069 DE 2020 – Artículos 31 y 32 – Criterios diferenciales - reglamentación**

Los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, los cuales crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Por un lado, el artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las mipymes al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas».

Además, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con «requisitos diferenciales» y «puntajes adicionales»] que podrán implementar las Entidades Estatales» (Corchetes fuera de texto) y que «Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados». Es decir, esta norma requiere el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública.

[…] el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020.

**REQUISITOS HABILITANTES – Concepto – incentivos para emprendimientos y empresas de mujeres y mipymes.**

Los requisitos habilitantes se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria–es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este–. Se diferencian de los criterios de evaluación –también conocidos como criterios de calificación– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

No obstante, en virtud de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación contenida en el Decreto 1860 de 2021, es posible que la selección objetiva del contratista del Estado se escoja por las entidades contratantes acudiendo a factores habilitantes y de calificación de los participantes fijados en los pliegos de condiciones de forma diferencial, con el objeto de fomentar o facilitar el acceso a las compras públicas de sujetos de menor capacidad en el mercado, como es el caso de los emprendimientos y empresas de mujeres y las mipymes, por razones de equidad, siempre y cuando el uso de estas medidas afirmativas resulte justificado y no ponga en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato, según el análisis del sector y los estudios previos que soporten el proceso contractual.

**GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Valor – criterio diferencial**

El artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta».

Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1’000.000– de smlmv.

[…]

Conforme a esto, si bien el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establece los parámetros mínimos posibles respecto del valor y la duración de la garantía de seriedad de la oferta exigibles a oferentes no cualificados, es decir, que están en igualdad de condiciones en el mercado para competir en los procesos de selección y por ende no son beneficiarios de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación. De la misma manera, se estima que el valor exigido en el proceso de selección para presentar oferta puede ser ajustado en el pliego de condiciones de los procesos de selección competitivos, de forma diferencial, para incentivar la participación y beneficiar el acceso a las compras públicas de los emprendimientos y empresas de mujeres y de mipymes, en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18, respectivamente. Esto significa que la entidad estatal podría optar por fijar en el pliego de condiciones o su equivalente, un porcentaje menor o menos exigente por concepto del valor de la garantía de seriedad de la oferta exigida a los interesados en la convocatoria pública, aun por debajo del mínimo del 10% del valor de la oferta, para los proponentes que acredite que cumple con las condición de ser emprendimiento o empresa de mujeres o mipymes, según el caso.

**ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1860 de 2021**

Antes de la expedición del Decreto 1860 de 2021, esta Agencia había considerado que si bien los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 tenían aplicación directa, la forma de acreditación de los supuestos fácticos para su utilización no estaba establecida de manera específica en la norma, por lo que le correspondía a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, esto es, en otras disposiciones legales o reglamentarias, se exigía algún documento en especial para acreditar las circunstancias de un supuesto de hecho previsto en los criterios de desempate o si, por el contrario, habría libertad probatoria para acreditar el hecho. Este análisis debía realizarse de manera independiente frente a cada numeral en el pliego de condiciones o documento equivalente. En caso de que no existiera un medio probatorio cuya conducencia fuera definida por la ley, es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definieran un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tenía discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podría probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Sin embargo, actualmente artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, reglamentó in extenso la forma de acreditar las circunstancias o los supuestos de hecho previstos en los criterios de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, los medios de prueba requeridos en cada evento y las autoridades que pueden emitir estos documentos, por lo que las entidades contratantes deberán acudir a su contenido detallado para la aplicación de cada criterio de desempate en sus procesos de contratación.

**PARÁGRAFO 3 ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.17 DECRETO 1860 de 2021 – Sujetos de especial protección constitucional artículo 2.2.1.2.4.2.16 – factores de desempate – reserva de datos sensibles**

El parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, establece el deber de garantizar la reserva de los documentos relativos a la acreditación de los factores de desempate previstos en los numerales 2, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del decreto, aplicables a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana y personas en procesos de reincorporación o reintegración. Esto en consideración a que, mediante estos documentos se acreditan circunstancias que implican el suministro de datos sensibles de la esfera personal de los titulares de la información, la cual goza de protección por guardar relación con el derecho fundamental al la intimidad de las personas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012.

Esta misma regla se aplica para la documentación referida a la acreditación de la calidad de sujeto de especial protección constitucional, a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. Esto por cuanto, el artículo define lo que se entiende por sujetos de especial protección constitucional y, a su vez, remite la acreditación de esa condición a las mismas reglas previstas en el artículo 2.2.1.2.4.17, definidas para los criterios de desempate, cuando éstos versan sobre este tipo de personas de especial protección.

**PUBLICIDAD DE INFORMACIÓN – Secop – Reserva**

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la reserva de información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de los mismos, en caso de que estos no gocen de reserva. Lo anterior, sin perjuicio de que dependiendo de la información en específico todo el documento o expediente deba dejar de publicarse, por ampararse en su integridad en alguna causal de reserva, dada la conexión de su contenido con la información que el constituyente o el legislador decidió limitar en cuanto a su publicidad.

**ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE O CONDICIÓN DE SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Datos sensibles - Secop**

[…] la acreditación de algunos factores de desempate o de la condición de sujeto de especial protección constitucional podría implicar el suministro de datos sensibles, resulta indispensable que las entidades obtengan autorización de los titulares con relación a los mismos. Esta autorización, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, implica: i) informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su tratamiento; y ii) informar de manera explícita, previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier dato personal, cuáles de los datos a suministrarse son sensibles, así como la finalidad del tratamiento, que en este caso será la aplicación de los mencionados factores de desempate.

El inciso final del artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, compilado en el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, al reglamentar la autorización para el tratamiento de datos sensibles, señala que: «Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles». De esta manera, el suministro de información sensible para la acreditación de los factores de desempate o la condición de sujeto de especial protección no constituye un condicionamiento para el ejercicio de la actividad económica del proponente, no es un requisito para que presentación de la oferta ni constituye una causal de rechazo. No obstante, es necesario aclarar que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y los artículos 2.2.1.2.4.2.16 y 2.2.1.2.4.2.17 supone la acreditación de algunos supuestos de hecho, lo cual no puede entenderse como un condicionamiento en los términos de la norma citada, ya que ello no es otra cosa que la aplicación de la ley. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose datos sensibles, la entidad no puede divulgarlos por las razones expuestas en el presente concepto. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles relacionados con la acreditación de los factores de desempate, y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos

Bogotá, 18 Mayo 2022 

Señor

**Faiver Hernán García Romero**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 326 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad / LEY 2069 DE 2020 – Artículos 31 y 32 – Criterios diferenciales – reglamentación / REQUISITOS HABILITANTES – Concepto – incentivos para emprendimientos y empresas de mujeres y mipymes / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Valor – criterio diferencial / ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1860 de 2021 / PARÁGRAFO 3 ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.17 DECRETO 1860 de 2021 – Sujetos de especial protección constitucional artículo 2.2.1.2.4.2.16 – factores de desempate – reserva de datos sensibles / PUBLICIDAD DE INFORMACIÓN – Secop – Reserva / ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE O CONDICIÓN DE SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Datos sensibles - Secop |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220406003501 |

Estimado señor García:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 4 de abril de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas relacionadas con la aplicación de los artículos 2.2.1.2.3.1.9., 2.2.1.2.4.1.17, 2.2.1.2.4.2.16 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, modificados por el Decreto 1860 de 2021:

«De conformidad con los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y para MIPYMES, se establece la posibilidad de incorporar requisitos habilitantes diferenciales, entre ellos, en el aspecto del valor de la garantía de seriedad de la oferta. Por ende, conforme lo dispuesto en el Articulo 2.2.1.2.3.1.9., del Decreto 1082 de 2015 a efectos prácticos. ¿cómo sería posible establecer este diferencial de acuerdo con los valores y porcentajes para la suficiencia de esta garantía?

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso del parágrafo 3 del Artículo 2.2.1.2.4.2.17. “Factores de desempate y acreditación” NO se podrán publicar en el SECOP para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas. Así las cosas, ¿En caso de presentarse observaciones en el proceso de selección por la aplicación del criterio de desempate que documento deberá publicar la Entidad para demostrar que efectivamente el oferente dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley para obtener esta acreditación? ¿Sí los oferentes solicitan la publicación de esta información, como deberá proceder la Entidad para emitir la respectiva respuesta? ¿Se establece alguna excepción para la publicación de esta información en SECOP II, si existe autorización de la persona para publicarla?

El Decreto 1860 de 2021, incorpora en el Artículo 2.2.1.2.4.2.16., del Decreto 1082 de 2015, el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, estableciendo un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado. Para ello, indica que el supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente. De acuerdo con ello. ¿Qué documento público y que Entidad de orden Nacional y/o Distrital emitirá la acreditación de los sujetos de especial protección constitucional? ¿Qué documentos adicionales se deberán presentar para acreditar la condición especial? ¿La documentación para acreditar la condición especial de protección constitucional podrá ser publicada en SECOP para conocimiento de terceros o afectaría el derecho a la intimidad de los sujetos?

El requisito diferencia habilitante incorporado en el Artículo 2.2.1.2.4.2.18., del Decreto 1082 de 2015, para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia ¿también se aplicará a los procesos de selección que no se encuentren limitados a MIPYMES conforme los valores y umbrales dispuestos en la página de Colombia Compra Eficiente para beneficio de las Mipymes?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). En tal sentido, sus preguntas serán resueltas partiendo de una interpretación en abstracto de las normas en materia de contratación estatal, sin referencia a un caso concreto.

 Conforme a lo anterior, esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones–[[2]](#footnote-3) resolverá los problemas planteados, conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, previo análisis de los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020, ii) requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y mipymes en el Decreto 1860 de 2021, iii) alcance de los requisitos habilitantes diferenciales relacionados con el valor de la garantía de seriedad de la oferta; iv) promoción del desarrollo en el sistema de compras públicas: acciones de fomento a favor de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; y v) forma de acreditación de los factores de desempate y tratamiento de información clasificada o reservada.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos[[3]](#footnote-4), refiriéndose, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 32 de dicha ley, alusivo a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, en los conceptos C-029 de 21 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-141 del 8 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C-031 de 1 de marzo de 2022 y C-217 de 21 de abril de 2022, entre otros. Igualmente, respecto de los requisitos habilitantes se ha pronunciado, entre otros, en los conceptos C-330 del 27 de mayo de 2020 y C-396 de 16 de julio de 2020 y C-142 de 30 de marzo de 2022. También lo ha hecho, respecto de la garantía de seriedad de la oferta, en los conceptos 2201913000008068 del 28 de octubre del 2019, 2201913000008484 del 14 de noviembre del 2019, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-683 del 21 de noviembre de 2020 y C-010 de 16 de febrero de 2021. De igual manera, esta Agencia, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-390 de 3 de agosto de 2021 y C-199 de 13 de abril de 2022, entre otros[[4]](#footnote-5). Finalmente, sobre datos sensibles y sobre la existencia de reserva como excepción al deber de publicar la información contractual en el SECOP la Agencia emitió los conceptos C-104 de 6 de abril de 2021, C-187 de 28 de abril de 2021 y C-300 de 12 de mayo de 2021, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1.** **Vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «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»[[5]](#footnote-6). Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[6]](#footnote-7), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[7]](#footnote-8). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[8]](#footnote-9), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[9]](#footnote-10) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[10]](#footnote-11).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación[[11]](#footnote-12).

 Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, los cuales crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Por un lado, el artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las mipymes al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas».

 Además, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con «requisitos diferenciales» y «puntajes adicionales»] que podrán implementar las Entidades Estatales» (Corchetes fuera de texto) y que «Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados». Es decir, esta norma requiere el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

 Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[12]](#footnote-13) regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

«De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor».

 El contraste con la norma analizada anteriormente salta a la vista. Por un lado, a diferencia del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales»– aplican a «[…] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos […]», excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

No obstante, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el parágrafo dispone que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de mujeres y emprendimientos de mujeres está condicionada por el ejercicio de potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las Entidades Estatales deben aplicar los criterios diferenciales del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

En este contexto, el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021[[13]](#footnote-14).

 En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación. A su turno los criterios diferenciales para las mipymes, quedaron en el artículo 2.2.1.2.4.2.18. adicionado por el mismo artículo del referido reglamento.

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición». De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho momento[[14]](#footnote-15).

**2.2. Requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y mipymes en el Decreto 1860 de 2021**

Los *requisitos habilitantes* se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria–es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este–. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como criterios de calificación– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

Los requisitos habilitantes constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la que los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, es decir, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo dispone que se considera «[…] objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

En ese sentido, si bien la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes –la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización–, estos no son taxativos. En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional.

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.2 reglamenta los requisitos habilitantes, estableciendo que estos deben ser señalados en los pliegos de condiciones o en la invitación[[15]](#footnote-16), lo cual es concordante con el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, en el que se establece como uno de los componentes mínimos de los pliegos de condiciones a las reglas aplicables a la presentación y evaluación de las ofertas, entre las que se inscriben las relativas a la acreditación de las condiciones habilitantes. Establece además el artículo 2.2.1.1.1.6.2 que la determinación de los requisitos habilitantes debe ser realizada en función de criterios como el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. En ese sentido, las entidades estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del proceso de contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual.

Ahora bien, conforme a lo expuesto en el acápite que antecede, los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2021 introducen la posibilidad de las Entidades Estatales de incluir en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para mipymes y para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de estos sujetos en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

 En relación con el significado de emprendimientos y empresas de mujeres y conforme a lo dicho en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14[[16]](#footnote-17) al Decreto 1082 de 2015. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales.

 Por su parte el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015[[17]](#footnote-18), adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo la posibilidad de unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los otros proponentes que no cumplan con alguno de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. los mismos requisitos habilitantes diferenciales podrán ser utilizados para fomentar la participación de mipymes, en los términos previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.18[[18]](#footnote-19).

Del mismo modo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 también regula un puntaje adicional de hasta el 0,25% del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, para los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14.

 De acuerdo con lo anterior, dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

No obstante, en virtud de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación contenida en el Decreto 1860 de 2021, es posible que la selección objetiva del contratista del Estado se escoja por las entidades contratantes acudiendo a factores habilitantes y de calificación de los participantes fijados en los pliegos de condiciones de forma *diferencial*, con el objeto de fomentar o facilitar el acceso a las compras públicas de sujetos de menor capacidad en el mercado, como es el caso de los emprendimientos y empresas de mujeres y las mipymes, por razones de equidad, siempre y cuando el uso de estas medidas afirmativas resulte justificado y no ponga en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato, según el análisis del sector y los estudios previos que soporten el proceso contractual. Para el efecto dichos requisitos habilitantes contemplados en el pliego de condiciones podrán ser menos exigentes para los emprendimientos y empresas de mujeres y para las mipymes, según lo justifiquen los instrumentos de planeación precontractual necesarios para cada contratación.

Ahora bien, como la consulta en concreto se refiere al requisito habilitante diferencial relacionado con el valor de la garantía de seriedad de la oferta, a continuación, se realiza el análisis pertinente.

***2.2.1.*  Alcance de los requisitos habilitantes diferenciales relacionados con el valor de la garantía de seriedad de la oferta**

En los contratos estatales, por regla general, en la etapa precontractual y en la contractual se requiere la constitución de garantías. Mientras las garantías en la primera etapa implican una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones; las garantías en la segunda etapa son un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de seriedad de la oferta[[19]](#footnote-20). Esta puede otorgarse a través de: i) un contrato de seguro contenido en una póliza, ii) la constitución de un patrimonio autónomo, o iii) una garantía bancaria. Allí se indica que el proponente debe presentar una garantía que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos señalados en ese numeral, y no requiere necesariamente que se aporten documentos adicionales, concretamente el recibo de pago de la prima, porque el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]»[[20]](#footnote-21). Esta disposición excepciona la terminación automática del contrato de seguro por falta de pago, prevista en el artículo 1068 del Código de Comercio[[21]](#footnote-22).

 Esta garantía tiene su fundamento en el principio de irrevocabilidad de la oferta, razón por la cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[22]](#footnote-23) - [[23]](#footnote-24).

Conforme a lo anterior, para que la garantía de seriedad respalde el principio de irrevocabilidad de la oferta, y que esta sirva al célere y eficiente desarrollo de los procesos de contratación, el Decreto 1082 de 2015 reglamenta varios aspectos con los que debe cumplir la garantía de seriedad:

i) El primer inciso del artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define una regla general para la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta». Conforme a esto, en cuanto al valor mínimo que debe ser amparado por la garantía, la norma establece el equivalente al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo esta la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de la posibilidad que la entidad requiera un valor superior.

ii) En segundo inciso de la norma establece una regla especial para las garantía de seriedad para los proponentes que participen en Acuerdos Marco de Precios, estableciendo que debe constituirse por un valor de mil (1000) SMMLV.

iii) Por su parte, el tercer inciso establece una regla para los procedimientos de subasta inversa y en concurso de méritos, al indicar que en estos casos el valor de la garantía de seriedad debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado.

iv) El cuarto inciso del artículo en mención y sus respectivos numerales, establecen unas regla aplicables a cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV. Estas reglas operan de acuerdo a unos rangos establecidos en los respectivos numerales, que indican lo siguiente: i) si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la garantía debe cubrir al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta; ii) si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la garantía debe cubrir al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta; y iii) si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, es posible aceptar garantías que cubran un mínimo del cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta.

v) Adicionalmente, el parágrafo de la norma, recientemente adicionado por el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021, faculta a Colombia Compra Eficiente para definir un valor diferencial para la garantía de seriedad de ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las mipyme en los Acuerdos Marco de Precio.

Ahora bien, los artículos 2.2.1.2.4.2.15[[24]](#footnote-25) y 2.2.1.2.4.2.18[[25]](#footnote-26) del Decreto 1082 de 2015, mediante los que se reglamentaron los criterios diferenciales que, en favor de empresas, emprendimientos de mujeres y mipymes establecieron los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, incluyeron al valor de la garantía de seriedad de la oferta como uno de los requisitos habilitantes diferenciales aplicables en favor de este tipo de proponentes. El propósito de este y los demás requisitos habilitantes establecidos en estos artículo es que, a través de requerimientos menos exigentes, en comparación con los exigibles al resto de participantes del mercado, se pueda incentivar la participación de empresas, emprendimientos de mujeres y mipymes en los procesos de contratación pública. En ese sentido, cuando los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 hacen referencia al valor de la garantía de seriedad de la oferta como *requisito habilitante diferencial* están abriendo la puerta a la posibilidad de que se permita a los mencionados sujetos cumplir el requisito de la garantía de seriedad asegurando valores menores a los que normalmente se les exigiría a proponentes que no ostenten ninguna de las referidas condiciones.

Conforme a esto, si bien el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establece los parámetros mínimos posibles respecto del valor y la duración de la garantía de seriedad de la oferta exigibles a oferentes no cualificados, es decir, que están en igualdad de condiciones en el mercado para competir en los procesos de selección y por ende no son beneficiarios de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación. De la misma manera, se estima que el valor exigido en el proceso de selección para presentar oferta puede ser ajustado en el pliego de condiciones de los procesos de selección competitivos, de forma diferencial, para incentivar la participación y beneficiar el acceso a las compras públicas de los emprendimientos y empresas de mujeres y de mipymes, en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18, respectivamente. Esto significa que la entidad estatal podría optar por fijar en el pliego de condiciones o su equivalente, un porcentaje menor o menos exigente por concepto del valor de la garantía de seriedad de la oferta exigida a los interesados en la convocatoria pública, aun por debajo del mínimo del 10% del valor de la oferta, para los proponentes que acredite que cumple con las condición de ser emprendimiento o empresa de mujeres o mipymes, según el caso.

En todo caso, debe advertirse debe advertirse que tanto en el caso en que pretenda dar aplicación al artículo 2.2.1.2.4.2.15, como al 2.2.1.2.4.2.18, los requisitos habilitantes que se incluyan deberán ser establecidos en atención a la información y los resultados del análisis del sector, de tal manera que se justifique su necesidad, procurando que los requisitos ordinarios y diferenciales respeten «las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones». Asimismo, debe destacarse que, de lo regulado en estos artículos no se desprende que la inclusión de requisitos habilitantes diferenciales relacionados todos los aspectos establecidos en estas normas sea una obligación que rija en todos los procesos de contratación, ya que en ambos casos se habla se la inclusión de «alguno o algunos», por lo que una entidad estatal, debe determinar o cuales son los requisitos habilitantes diferenciales que, de conformidad con lo indicado por el estudio del sector, se tornan más adecuados para el respectivo proceso de contratación.

En ese sentido, con relación al valor de la garantía de seriedad, podría una entidad establecer un requisito habilitante menos exigente que el establecido para los proponentes que acrediten las referidas condiciones, para lo cual, con sustento en su análisis del sector deberá establecer el margen del valor diferencial que resulte más conveniente, de tal manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento de los fines del contrato. Del mismo modo, podría una entidad optar por no dar aplicación a un requisito diferencial relacionado con el valor de la garantía de seriedad, para dar aplicación a alguno de los otros aspectos establecidos en los mencionados artículos, como el tiempo de experiencia, numero de contratos para la acreditación de experiencia o los índices de capacidad financiera y organizacional.

Por último, debe aclararse que, según el parágrafo tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.18, los criterios diferenciales para mipymes: «[…] aplica[n] sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto». En ese sentido, en los procesos que estén limitados a la participación exclusiva de mipymes no serán aplicables requisitos habilitantes diferenciales relacionados con el valor de la garantía de seriedad, ni ninguno de los otros aspectos referidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Promoción del desarrollo en el sistema de compras públicas: acciones de fomento a favor de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional**

El cuarto inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece que «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos» «[…], en los pliegos de condiciones 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 o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual». Reglamentando este tema, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.16, indicando lo siguiente:

Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En 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 fomentarán en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones.

Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado.

Previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos previstos en el presente artículo, los sujetos de especial protección constitucional son aquellas personas que debido a su particular condición física, psicológica o social merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, las víctimas del conflicto armado interno, las mujeres cabeza de familia, los adultos mayores, las personas en condición de discapacidad, así como la población de las comunidades indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente.

PARÁGRAFO 2. Para efectos de los Procesos de Contratación regidos por documentos tipo, con sujeción a la potestad prevista en este artículo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente regulará el porcentaje de sujetos de especial protección constitucional que el contratista destinará al cumplimiento de las obligaciones, las condiciones para incorporarlos a la ejecución del contrato y las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de la obligación.

Frente a la demostración de las circunstancias reguladas por la norma bajo análisis, como se puede observar, el segundo inciso del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, «Su acreditación se realizará en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario».

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: «i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación».

Por otra parte, el Decreto 1860 de 2021 no define fuentes de información específicas que las entidades públicas puedan consultar para «identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional». Este es un aspecto que debe analizar cada entidad pública en el estudio del sector económico. Así se desprende del artículo 2.2.1.2.4.2.16., cuyo segundo inciso dispone que «La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones». Como lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, las entidades estatales están habilitadas para consultar «cualquier […] sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado»[[26]](#footnote-27).

De otro lado, la interpretación razonable del tercer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.16., acorde con su tenor literal, es que el porcentaje se aplica sobre la cantidad de bienes o servicios. En efecto, el tercer inciso de dicho artículo establece: «Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) *de los bienes o servicios requeridos* para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado» (énfasis fuera de texto). Obsérvese que la norma hace referencia a los bienes o servicios requeridos, mas no al presupuesto oficial, ni al valor del contrato. Así pues, en los estudios previos la entidad estatal debe analizar el objeto contractual y el alcance de las obligaciones, y, con fundamento en ello, definir el porcentaje de provisión de bienes o servicios requeridos por parte de la población en pobreza extrema, de las personas desplazadas por la violencia, de las personas en proceso de reintegración o reincorporación y, en general, de los sujetos de especial protección constitucional.

Adicionalmente, el inciso quinto del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que «El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas *vinculadas* al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente» (énfasis fuera de texto). La norma no exige que la vinculación sea, necesariamente, laboral, pues de acuerdo con el primer inciso del artículo en comento, lo importante es «que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes». El concepto de «provisión de bienes o servicios» es amplio, pues enmarca las actividades que se desarrollan en el mercado, para vender, suministrar o prestar bienes o servicios[[27]](#footnote-28). Esto significa que se puede ser proveedor de bienes o servicios, en calidad de trabajador o como contratista independiente. El supervisor o interventor, según el caso, debe constatar, entonces, durante la ejecución del contrato, que la provisión de los bienes o servicios, en el porcentaje indicado por la entidad estatal, se realice por parte de los sujetos de especial protección constitucional, independientemente de la naturaleza del contrato suscrito entre ellos y el contratista.

 Con todo, la provisión de los bienes o servicios se debe realizar directamente por la población en pobreza extrema, los desplazados por la violencia, las personas en proceso de reintegración o reincorporación y los sujetos de especial protección constitucional. Por tanto, esta Agencia no considera procedente interpretar que se satisface la exigencia del porcentaje de provisión de bienes o servicios, por contratar con un particular que, a su vez, adquirirá los bienes o servicios de parte de los grupos poblacionales enunciados en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. En armonía con el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el espíritu de la norma es promover el desarrollo para las personas que necesiten estas acciones de fomento por parte del Estado; finalidad que se desnaturalizaría si se entendiera que esto puede ser fuente de ganancia económica para sujetos que no caben en los grupos poblacionales beneficiados con esta medida, encareciendo con la intermediación el coste de los bienes o servicios requeridos para cumplir con el objeto contractual.

**2.4. Forma de acreditación de los factores de desempate y de sujetos de especial protección constitucional y tratamiento de información clasificada o reservada**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Pese a que el parágrafo 3 dispuso que el Gobierno Nacional podría regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, esta Agencia consideró que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 gozó de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, que dicha norma no requería de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión se hace porque otros artículos de esa misma ley si requerían expresamente de reglamentación por parte del Gobierno Nacional para su aplicación. Por ejemplo, el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento». No obstante, lo anterior quedó superado con la expedición del Decreto 1860 de 2021, que reglamentó los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 y que actualmente rige para el sistema de compras públicas.

Conviene destacar –según lo señala su inciso primero­– que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son obligatorios «[…] 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» (cursiva fuera de texto). En consecuencia, bien sea que la entidad estatal contratante se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o por el derecho privado, *debe* aplicar los criterios de desempate establecidos en el referido artículo 35. En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[28]](#footnote-29). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[29]](#footnote-30).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

Antes de la expedición del Decreto 1860 de 2021, esta Agencia había considerado que si bien los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 tenían aplicación directa, la forma de acreditación de los supuestos fácticos para su utilización no estaba establecida de manera específica en la norma, por lo que le correspondía a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, esto es, en otras disposiciones legales o reglamentarias, se exigía algún documento en especial para acreditar las circunstancias de un supuesto de hecho previsto en los criterios de desempate o si, por el contrario, habría libertad probatoria para acreditar el hecho. Este análisis debía realizarse de manera independiente frente a cada numeral en el pliego de condiciones o documento equivalente. En caso de que no existiera un medio probatorio cuya conducencia fuera definida por la ley, es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definieran un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tenía discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podría probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Sin embargo, actualmente artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, reglamentó *in extenso* la forma de acreditar las circunstancias o los supuestos de hecho previstos en los criterios de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, los medios de prueba requeridos en cada evento y las autoridades que pueden emitir estos documentos, por lo que las entidades contratantes deberán acudir a su contenido detallado para la aplicación de cada criterio de desempate en sus procesos de contratación.

Ahora bien, la consulta se refiere a la aplicación del parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, que dice lo siguiente:

PARÁGRAFO 3. Conforme con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, la Entidad Estatal garantizará el derecho a la reserva legal de toda aquella información que acredita el cumplimiento de los factores de desempate de: i) las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, ii) las personas en proceso de reincorporación y/o reintegración y iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana.

En armonía con lo anterior, en la plataforma del SECOP no se publicará para conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas.

Como se observa, la norma establece el deber de garantizar el derecho a la reserva legal de los documentos referidos para acreditar las condiciones de i) las mujer víctima de violencia intrafamiliar, ii) personas en proceso de reincorporación y/o reintegración y iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, asociadas a los factores de desempate previstos en los numerales 2, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015[[30]](#footnote-31), en vista de que los documentos que acreditan dichas circunstancias contienen datos sensibles de la esfera personal de los titulares de dicha información, la cual goza de protección por guardar relación con el derecho fundamental al la intimidad de las personas. Lo anterior de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012.

 Por lo anterior, aun cuando del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual implica que todas las entidades estatales publiquen los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación en el SECOP, en los términos de los artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, existen excepciones tanto a la connotación pública de la información utilizada en la actividad contractual de las entidades estatales, como al deber de publicar los documentos del proceso contractual en el SECOP, según lo dispone la ley y el reglamento, ante la presencia o utilización de información de carácter reservada[[31]](#footnote-32), cuyo tratamiento es distinto, pues se hace de forma separada[[32]](#footnote-33). En consecuencia, el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Lo anterior significa que respecto de la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose, de ser el caso, de publicar los documentos del proceso, algunos de ellos o algunos apartes de dichos documentos en los que se evidencie este tipo de información.

En otras palabras, aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva, que establezca la Constitución o la ley, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse. En efecto, el principio o regla general consiste en la máxima publicidad de la información pública y lo excepcional es la reserva, razón por la cual el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 incluso exige la divulgación parcial de la información contenida en un documento, cuando este contenga parte de información sometida a reserva, pero también incluya información que no esté afectada por la reserva. Además, dicha disposición establece que la reserva de acceso a la información opera respecto al contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia[[33]](#footnote-34). Sin perjuicio de lo anterior, es posible que el contenido de todo el documento o expediente no deba ser objeto de publicidad por estar amparado de forma íntegra por la reserva, dada su conexión con las causales establecidas en la Constitución o la ley.

Por ello, el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008; clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 2.2.2.25.1.3., numeral 3 –que compiló al Decreto 1377 de 2013 (art. 3)–, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la reserva de información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de los mismos, en caso de que estos no gocen de reserva. Lo anterior, sin perjuicio de que dependiendo de la información en específico todo el documento o expediente deba dejar de publicarse, por ampararse en su integridad en alguna causal de reserva, dada la conexión de su contenido con la información que el constituyente o el legislador decidió limitar en cuanto a su publicidad.

En efecto, de conformidad con la Constitución, la reserva de información pública solo puede crearla el constituyente o el legislador. Además, las Leyes estatutarias 1712 de 2014 y la 1755 de 2015 –que sustituyó los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011– establecen clasificaciones o reservas particulares de información pública, coincidiendo ambas en establecer la clasificación relacionada con la «información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas»[[34]](#footnote-35).

En tal sentido, es posible que en cualquier procedimiento de selección se prescinda de publicar determinada información que esté clasificada o reservada de acuerdo con la Constitución o la ley, por lo que frente a ella debe procederse como lo establece la Ley 1712 de 2014, esto es, cumpliendo todos los deberes establecidos en dicha ley, absteniéndose de publicar la información que esté sometida a alguna de las reservas indicadas, particularmente en los supuestos previstos en las causales de los artículos 18 y 19 de la Ley mencionada.

Finalmente, como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en su «Política de tratamiento y protección de datos personales», «Las Entidades Públicas son las Responsables del Tratamiento de los Datos Personales asociada a sus procesos de contratación en el SECOP. Es así como, según el artículo 3, literal e), de la Ley 1581 de 2012, el «responsable del tratamiento» es la «Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos». En tal sentido, son responsables del tratamiento de los datos en los procesos de contratación tanto los proponentes –en especial, cuando aportan con la oferta datos de personas naturales cuyos datos son objeto de tratamiento–, como las entidades estatales que reciben tales datos.

Para el tratamiento de los datos personales debe garantizarse el «principio de libertad». Según el artículo 4, literal c), de la Ley 1581 de 2012, esto significa que: «El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento». Los procedimientos contractuales no están exentos de la autorización previa del titular para el tratamiento de los datos personales[[35]](#footnote-36). Por lo tanto, las entidades estatales deben cerciorarse de que exista la constancia a la que se refiere el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, como responsables que son –junto a los oferentes y contratistas que recolectan información de personas naturales– del tratamiento de los datos personales en los procedimientos de selección, a fin de evitar una vulneración al derecho fundamental de *habeas data*. Así se deduce del artículo 17, literal b), de la Ley 1581 de 2012, que establece, como deber de los responsables del tratamiento, «Solicitar y conservar […] copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular».

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012 define los «datos sensibles» como «[…] aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos».

En principio, el tratamiento de estos datos está prohibido, salvo que se reúnan las circunstancias del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, una de las cuales consiste en que «El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento […]» . Para obtener dicha autorización debe observarse el procedimiento establecido en el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, según el cual:

El Tratamiento de los datos sensibles a que se refiere el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012 está prohibido, a excepción de los casos expresamente señalados en el artículo 6 de la citada ley.

En el Tratamiento de datos personales sensibles, cuando dicho Tratamiento sea posible conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, deberán cumplirse las siguientes obligaciones:

1. Informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su Tratamiento.

2. Informar al titular de forma explícita y previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier tipo de dato personal, cuáles de los datos que serán objeto de Tratamiento son sensibles y la finalidad del Tratamiento, así como obtener su consentimiento expreso.

Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles.

De lo anterior puede concluirse que los datos personales contenidos en las ofertas, incluidos lo de naturaleza sensible, deben respetar las normas sobre tratamiento de datos contenidas en la Ley 1581 de 2012, en el Decreto 1074 de 2015 y en las que los modifiquen o complementen. En estas disposiciones se encuentra el deber de los responsables y encargados del tratamiento de obtener la autorización por parte del titular, consentimiento que debe ser expreso. Además, debe quedar constancia de él para su consulta posterior. Los particulares que participan en la actividad contractual del Estado, presentando ofertas o en calidad de contratistas, son responsables del tratamiento de los datos personales y son los primeros obligados a contar con la autorización previa del titular de los datos, para hacer uso de documentos como hojas de vida, certificados o, en general, datos personales. Las entidades estatales interesadas en contratar bienes o servicios son también responsables y deben cerciorarse de que exista la constancia de la autorización de las personas naturales titulares de los datos, tal como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente en su «Política de tratamiento y protección de datos personales».

En consecuencia, el deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Respecto de datos sensibles, esto significa que la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose de publicar las partes pertinentes en las que se evidencie este tipo de información. Para dichos eventos, la plataforma SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen.

En conclusión, considerando que la acreditación de algunos factores de desempate o de la condición de sujeto de especial protección constitucional podría implicar el suministro de datos sensibles, resulta indispensable que las entidades obtengan autorización de los titulares con relación a los mismos. Esta autorización, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, implica: i) informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su tratamiento; y ii) informar de manera explícita, previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier dato personal, cuáles de los datos a suministrarse son sensibles, así como la finalidad del tratamiento, que en este caso será la aplicación de los mencionados factores de desempate.

 El inciso final del artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, compilado en el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, al reglamentar la autorización para el tratamiento de datos sensibles, señala que: «Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles». De esta manera, el suministro de información sensible para la acreditación de los factores de desempate o la condición de sujeto de especial protección no constituye un condicionamiento para el ejercicio de la actividad económica del proponente, no es un requisito para que presentación de la oferta ni constituye una causal de rechazo. No obstante, es necesario aclarar que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y los artículos 2.2.1.2.4.2.16 y 2.2.1.2.4.2.17 supone la acreditación de algunos supuestos de hecho, lo cual no puede entenderse como un condicionamiento en los términos de la norma citada, ya que ello no es otra cosa que la aplicación de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose datos sensibles, la entidad no puede divulgarlos por las razones expuestas en el presente concepto. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles relacionados con la acreditación de los factores de desempate, y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos.

**3. Respuesta**

«De conformidad con los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y para MIPYMES, se establece la posibilidad de incorporar requisitos habilitantes diferenciales, entre ellos, en el aspecto del valor de la garantía de seriedad de la oferta. Por ende, conforme lo dispuesto en el Articulo 2.2.1.2.3.1.9., del Decreto 1082 de 2015 a efectos prácticos. ¿cómo sería posible establecer este diferencial de acuerdo con los valores y porcentajes para la suficiencia de esta garantía?»

 Conforme a lo expuesto, el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta». Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1’000.000– de smlmv.

Sin perjuicio de lo establecido por el artículo 2.2.1.2.3.1.9, los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, mediante los que, en desarrollo de los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, se reglamentó la aplicación de criterios diferenciales en los procesos de contratación púbica, entre los que se incluyó el valor de la garantía de seriedad de la oferta como uno de los aspectos respecto de los cuales es posible incluir requisitos habilitantes diferenciales en favor de proponentes que acrediten las condiciones de emprendimientos y empresas de mujeres y mipymes. De acuerdo con los referidos artículos, con apoyo en la información y resultados del análisis del sector económico, las entidades estatales podrán optar por incluir en los pliegos de condiciones requisitos habilitantes diferenciales relacionados con el valor de la garantía de seriedad, de tal manera que a los proponentes que acrediten estas condiciones se les permita cumplir con el requisito de garantía de seriedad, asegurando un valor menor al exigible para los demás oferentes.

Conforme a esto, si bien el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 regula de manera general la suficiencia del valor de la garantía de seriedad, aplicable a oferentes no cualificados –es decir, aquellos que no son beneficiarios de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación–, nada obsta para que, en aplicación de los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, las entidades estatales exijan valores diferenciales en los procesos de selección competitivos, para incentivar la participación y beneficiar el acceso a las compras públicas de los emprendimientos y empresas de mujeres y de mipymes. Esto significa que, la entidad estatal podría optar por fijar en el pliego de condiciones o su equivalente, un porcentaje menor o menos exigente por concepto del valor de la garantía de seriedad de la oferta exigida a los interesados en la convocatoria pública, aun por debajo del mínimo del 10% del valor de la oferta, para los proponentes que acrediten que cumplen con las condición de ser emprendimiento o empresa de mujeres o mipymes, según el caso.

«Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso del parágrafo 3 del Artículo 2.2.1.2.4.2.17. “Factores de desempate y acreditación” […]¿En caso de presentarse observaciones en el proceso de selección por la aplicación del criterio de desempate que documento deberá publicar la Entidad para demostrar que efectivamente el oferente dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley para obtener esta acreditación? ¿Sí los oferentes solicitan la publicación de esta información, como deberá proceder la Entidad para emitir la respectiva respuesta? ¿Se establece alguna excepción para la publicación de esta información en SECOP II, si existe autorización de la persona para publicarla? »

 El parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, establece el deber de garantizar la reserva de los documentos relativos a la acreditación de los factores de desempate previstos en los numerales 2, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del decreto, aplicables a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana y personas en procesos de reincorporación o reintegración. Esto en consideración a que, mediante estos documentos se acreditan circunstancias que implican el suministro de datos sensibles de la esfera personal de los titulares de la información, la cual goza de protección por guardar relación con el derecho fundamental al la intimidad de las personas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012.

Esta misma regla se aplica para la documentación referida a la acreditación de la calidad de sujeto de especial protección constitucional, a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. Esto por cuanto, el artículo define lo que se entiende por sujetos de especial protección constitucional y, a su vez, remite la acreditación de esa condición a las mismas reglas previstas en el artículo 2.2.1.2.4.17, definidas para los criterios de desempate, cuando éstos versan sobre este tipo de personas de especial protección.

Dado que el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008; clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 2.2.2.25.1.3., numeral 3 –que compiló al Decreto 1377 de 2013 (art. 3)–, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la reserva de información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de los mismos, en caso de que estos no gocen de reserva. Lo anterior, sin perjuicio de que dependiendo de la información en específico todo el documento o expediente deba dejar de publicarse, por ampararse en su integridad en alguna causal de reserva, dada la conexión de su contenido con la información que el constituyente o el legislador decidió limitar en cuanto a su publicidad.

En consecuencia, el deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Respecto de datos sensibles, esto significa que la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose de publicar las partes pertinentes en las que se evidencie este tipo de información. Para dichos eventos, la plataforma SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen.

En conclusión, considerando que la acreditación de algunos factores de desempate o de la condición de sujeto de especial protección constitucional podría implicar el suministro de datos sensibles, resulta indispensable que las entidades obtengan autorización de los titulares con relación a los mismos. Esta autorización, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, implica: i) informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su tratamiento; y ii) informar de manera explícita, previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier dato personal, cuáles de los datos a suministrarse son sensibles, así como la finalidad del tratamiento, que en este caso será la aplicación de los mencionados factores de desempate.

 El inciso final del artículo 6 del Decreto 1377 de 2013, compilado en el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, al reglamentar la autorización para el tratamiento de datos sensibles, señala que: «Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles». De esta manera, el suministro de información sensible para la acreditación de los factores de desempate o la condición de sujeto de especial protección no constituye un condicionamiento para el ejercicio de la actividad económica del proponente, no es un requisito para que presentación de la oferta ni constituye una causal de rechazo. No obstante, es necesario aclarar que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y los artículos 2.2.1.2.4.2.16 y 2.2.1.2.4.2.17 supone la acreditación de algunos supuestos de hecho, lo cual no puede entenderse como un condicionamiento en los términos de la norma citada, ya que ello no es otra cosa que la aplicación de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose datos sensibles, la entidad no puede divulgarlos por las razones expuestas en el presente concepto. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles relacionados con la acreditación de los factores de desempate, y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos.

«El Decreto 1860 de 2021, incorpora en el Artículo 2.2.1.2.4.2.16., del Decreto 1082 de 2015, el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, […] ¿Qué documento público y que Entidad de orden Nacional y/o Distrital emitirá la acreditación de los sujetos de especial protección constitucional? ¿Qué documentos adicionales se deberán presentar para acreditar la condición especial? ¿La documentación para acreditar la condición especial de protección constitucional podrá ser publicada en SECOP para conocimiento de terceros o afectaría el derecho a la intimidad de los sujetos?»

Frente a la demostración de las circunstancias reguladas por la norma bajo análisis, como se puede observar, el segundo inciso del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16 establece que «Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, «Su acreditación se realizará en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario».

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: «i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación».

En todo caso, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. dispone que si no existe una condición especial para demostrar las circunstancias que hacen a las personas sujetos de especial protección constitucional «se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente». Esto significa que si bien, en principio, existiría libertad probatoria, las entidades estatales podrían definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones. Al configurar estos requisitos, las entidades públicas deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, de manera que no impongan requisitos probatorios irrazonables.

«El requisito diferencial habilitante incorporado en el Artículo 2.2.1.2.4.2.18., del Decreto 1082 de 2015, para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia ¿también se aplicará a los procesos de selección que no se encuentren limitados a MIPYMES conforme los valores y umbrales dispuestos en la página de Colombia Compra Eficiente para beneficio de las Mipymes?»

De conformidad con el parágrafo tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.18, los criterios diferenciales para mipymes: «[…] aplica[n] sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto». En ese sentido, en los procesos que estén limitados a la participación exclusiva de mipymes no serán aplicables requisitos habilitantes diferenciales relacionados con el valor de la garantía de seriedad, ni ninguno de los otros aspectos referidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. [↑](#footnote-ref-2)
2. Decreto Ley 4170 de 2011. «Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-3)
3. La Agencia también se ha pronunciado sobre las diferentes disposiciones de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, C-689 del 05 de enero de 2022, entre otros. [↑](#footnote-ref-4)
4. La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020 [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-10)
10. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. Ley 2069 de 2020 «Artículo 32. Criterios Diferenciales para Emprendimientos y Empresas de mujeres en el Sistema De Compras Públicas. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

»Parágrafo primero. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-13)
13. Decreto 1860 de 2021. «Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32,34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento». [↑](#footnote-ref-14)
14. Decreto 1860 de 2021. «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos [2.2.1.2.4.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.2)., [2.2.1.2.4.2.3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.3)., [2.2.1.2.4.2.4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.4)., [2.2.1.2.1.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.2.2) y [2.2.1.2.4.2.8](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.8).; adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.14)., [2.2.1.2.4.2.15](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.15)., [2.2.1.2.4.2.16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.16)., [2.2.1.2.4.2.17](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.17). y [2.2.1.2.4.2.18](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.18).; adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.1.2.2.9). del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

**»**Parágrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

  »La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo». [↑](#footnote-ref-15)
15. «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.

»Parágrafo Transitorio. [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/DECRETO 579 DEL 31 DE MAYO DE 2021.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/DECRETO%20579%20DEL%2031%20DE%20MAYO%20DE%202021.pdf)De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., yen desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1 de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

»Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos índicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el regístro de cada proponente​». [↑](#footnote-ref-16)
16. ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. Con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.

2. Cuando por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres y éstas hayan estado vinculadas laboralmente a la empresa durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección en el mismo cargo u otro del mismo nivel.

Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. En este sentido, serán cargos de nivel directivo los que dentro de la organización de la empresa se encuentran ubicados en un nivel de mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.

Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde se señale de manera detallada todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación.

La certificación deberá relacionar el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo del proponente. Como soporte, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

3. Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.

4. Para las asociaciones y cooperativas, cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados sean mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal.

PARÁGRAFO. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección. [↑](#footnote-ref-17)
17. Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021: «Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

»2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

»5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

 » Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las empresas y emprendimientos de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean empresas o emprendimientos de mujeres.

»De manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento adecuado del objeto contractual, con excepción de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las Entidades también otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del presente Decreto.

»Las Entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.

»Parágrafo 1. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

»Parágrafo 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-18)
18. ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.18. Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.

2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

3. Índices de capacidad financiera.

4. Índices de capacidad organizacional.

5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme. En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de este artículo, los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

PARÁGRAFO 2. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

PARÁGRAFO 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto [↑](#footnote-ref-19)
19. «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

»1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

»2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

»3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

»4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato».

[…]

«Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

»Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

»1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta.

»2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.

»3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta». [↑](#footnote-ref-20)
20. Al respecto esta Agencia ha expedido los conceptos C-675 de 25 de noviembre de 2020 –Radicado de entrada No. 4202013000009300. Radicado de salida No. 2202013000011706– y C-683 del 25 de noviembre de 2020–Radicado de entrada No. 4202012000009307. Radicado de salida No. 2202013000011701–. [↑](#footnote-ref-21)
21. «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes». [↑](#footnote-ref-22)
22. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-23)
23. Sobre este aspecto, la doctrina explica que: «Las garantías provisionales “avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista”; constituyen una seña pre-contractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las arras no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del ius poenitendi del licitante. Son, en consecuencia, “la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente”; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad» (Cursivas dentro del texto). DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289. [↑](#footnote-ref-24)
24. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

»2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

»5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

»Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las empresas y emprendimientos de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean empresas o emprendimientos de mujeres.

»De manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento adecuado del objeto contractual, con excepción de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las Entidades también otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del presente Decreto».

»Las Entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.

PARÁGRAFO 1. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

»PARÁGRAFO 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-25)
25. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.2.18. Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

»2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

»5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

»Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

»Con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme. En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

»Parágrafo 1. Para los efectos de este artículo, los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

»Parágrafo 2. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

»Parágrafo 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto». [↑](#footnote-ref-26)
26. En:

 https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_elaboracion\_estudios.pdf [↑](#footnote-ref-27)
27. La RAE define el verbo «proveer», entre otras acepciones, como «Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin». En: https://dle.rae.es/proveer?m=form [↑](#footnote-ref-28)
28. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-29)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-30)
30. «2. […]   Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo [21](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34054#21)de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo [16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34054#16)de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y, a falta de este, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.

Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral.

De acuerdo con el artículo [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#5)de la Ley 1581 de 2012, el titular de la información de estos datos sensibles, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, deberá autorizar de manera previa y expresa el tratamiento de esta información, en los términos del literal [a](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#6.a)) del artículo [6](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#6)de la precitada Ley, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate».

[…]

 «5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, para lo cual, la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso. Para los casos de constitución inferior a un (1) año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la persona jurídica.

 El tiempo de vinculación en la planta referida, de que trata el inciso anterior, se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

Además, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal presentará un certificado, mediante el cual acredita que por lo menos diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Este porcentaje se definirá de acuerdo con la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes. En todo caso, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como es el caso de las personas que pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana autoricen de manera previa y expresa el tratamiento de la información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate.»

«6. Preferir la propuesta de personas naturales en proceso de reintegración o reincorporación, para lo cual presentará copia de alguno de los siguientes documentos: i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación.

En el caso de las personas jurídicas, el representante legal o el revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, entregará un certificado, mediante el cual acredite bajo la gravedad de juramento que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuotas partes de la persona jurídica está constituida por personas en proceso de reintegración o reincorporación. Además, deberá aportar alguno de los certificados del inciso anterior, junto con los documentos de identificación de cada una de las personas que está en proceso de reincorporación o reintegración.

Tratándose de proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando todos los integrantes sean personas en proceso de reincorporación, para lo cual se entregará alguno de los certificados del inciso primero de este numeral, y/o personas jurídicas donde más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuotas parte esté constituida por personas en proceso de reincorporación, para lo cual el representante legal, o el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, acreditará tal situación aportando los documentos de identificación de cada una de las personas en proceso de reincorporación.

Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como son las personas en proceso de reincorporación o reintegración, autoricen a la entidad de manera previa y expresa el manejo de esta información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 como requisito para el otorgamiento de este criterio de desempate.» [↑](#footnote-ref-31)
31. Ley 1437 de 2011 «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

»2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

»3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

»4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

»5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

»6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

»7. Los amparados por el secreto profesional.

»8. Los datos genéticos humanos.

»Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información». [↑](#footnote-ref-32)
32. Resultan relevantes las consideraciones expuestas en el concepto C- 322 del 16 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005088–, sobre la aplicación del artículo 36 del CPACA en torno al manejo de información reservada en cuadernos separados: «tratándose de información sometida a reserva, considera esta Agencia que el tratamiento que corresponde a esta información es el procedente a partir de lo dispuesto en el artículo 36 del CPACA sobre la formación y examen de expedientes, en el que se establece que los documentos sometidos a reserva deberán insertarse en un cuaderno separado del expediente principal, el cual no podrá ser consultado por la ciudadanía o interesados en general. El manejo de estos documentos conforme lo indica esta norma, permite guardar la reserva a la que están sometidos dichos documentos en el marco de procesos de contratación, sin que se vean lesionados los intereses de los titulares de la información o contrariadas las normas del régimen de protección de datos personales». [↑](#footnote-ref-33)
33. «Artículo 21. DIVULGACIÓN PARCIAL Y OTRAS REGLAS. En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia.

»Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información.

»Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones». [↑](#footnote-ref-34)
34. Ley 1712 de 2014. «Art. 18 Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

«a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.».

De otro lado, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015 establece: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.». [↑](#footnote-ref-35)
35. En efecto, el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 establece las siguientes excepciones, entre las cuales no se encuentra la actividad contractual del Estado: «La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

»a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

»b) Datos de naturaleza pública;

»c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

»d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

»e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

»Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley». [↑](#footnote-ref-36)