CCE-DES-FM-17

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

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

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

**MIPYMES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Contenido – Distinciones**

El segundo inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, dispone que el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables». En desarrollo de este enunciado normativo, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó al Decreto 1082 de 2015 el artículo 2.2.1.2.4.2.18, […]

[…]

Se deben diferenciar, pues, dos circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a Mipyme –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra es el establecimiento de criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que «Lo previsto en esta norma […] 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».

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia, o que deban esperar una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y 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.

**EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Forma de acreditación**

[…] el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece los documentos que acreditan cada una de las circunstancias por las cuales se puede demostrar que alguien tiene la calidad de emprendimiento y empresa de mujeres. Los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, *certificaciones* emitidas *bajo la gravedad del juramento*. En el supuesto del numeral 2, la certificación debe incluir, como soporte anexo, la «[…] 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». Por su parte, en el evento previsto en el numeral 3, la calidad indicada se debe acreditar mediante «copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil». Igualmente, es importante considerar que el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.15. dice que «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», para lo cual será necesario aportar, entonces, el documento de constitución del consorcio o la unión temporal.

Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las entidades estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

**CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Análisis del sector**

El cuarto inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que «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». Por lo tanto, es recomendable considerar las distintas variables en los estudios del sector, para poder determinar los requisitos diferenciales y los puntajes adicionales, sin desconocer que la realización del análisis de oportunidad y conveniencia es una actividad a cargo de las entidades estatales y que la Agencia Nacional de Contratación Pública, como órgano rector del sistema de compras y contratación pública, solo brinda algunas pautas al respecto.

En efecto, según lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, en esta actividad las entidades estatales deben realizar un estudio de la oferta, que responda, entre otras, las siguientes preguntas: i) «Quién vende», y ii) «¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?» –teniendo en cuenta elementos como la producción, la distribución y el inventario–. En relación con la primera pregunta, la Guía, señala que «Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–4; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector».

**CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Acuerdos comerciales – Aplicación prevalente**

[…], lo que indica el artículo 2.2.1.2.4.2.15., cuando establece que «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*» (énfasis fuera de texto), es que, en caso de existir acuerdos comerciales vigentes que rijan el procedimiento contractual, la entidad estatal debe aplicar, de manera prevalente, las estipulaciones del tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.4.1.1., al señalar que «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables». ​ El artículo 2.2.1.2.4.2.15. se refiere, literalmente, a los *acuerdos comerciales vigentes*. En consecuencia, se trata de un tema distinto al del trato nacional para el otorgamiento del puntaje para la promoción de la industria nacional, regulado en la Ley 816 de 2003, el Decreto 680 de 2021 y demás disposiciones complementarias, ante la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD ─ Decreto 392 de 2018 ─ Desarrollo normativo**

En aras de garantizar el derecho al trabajo en términos de igualdad de oportunidades para las personas en condición de discapacidad, el artículo 13 de Ley 1618 de 2013 estableció acciones afirmativas en el marco del sistema de compras públicas y ordenó al Gobierno Nacional expedir el decreto reglamentario que determinara una puntuación adicional y un sistema de preferencias en los procesos de contratación estatal.

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional, ejerciendo su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 392 del 2018 […] Este Decreto adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos que tuvieran vinculados a trabajadores con discapacidad, de acuerdo con los requisitos previstos en el mismo.



Bogotá, 17 Junio 2022

Señor

**Gustavo Adolfo Patarroyo Cubides**

Ibagué, Tolima

 **Concepto C ‒ 323 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / MIPYMES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Contenido – Distinciones / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Forma de acreditación / CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Análisis del sector / CRITERIOS DIFERENCIALES – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Acuerdos comerciales – Aplicación prevalente / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD ─ Decreto 392 de 2018 ─ Desarrollo normativo |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220504004394 |

Estimado señor Patarroyo:

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 04 de mayo de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con los puntajes adicionales para las Mipyme, emprendimientos o empresas de mujeres y personas en situación de discapacidad en los procesos de contratación pública, usted realiza la siguiente consulta:

«conforme a la ley 2066 (sic) de 2022 en sus artículos 31 y siguientes y reglamentado por el decreto 1860 de 2021 en relación con los puntajes para Mipymes, mujeres y discapacitados como se aplica los mismos y si el criterio es acumulativo»

1. **Consideraciones**

Para responder su solicitud, la Subdirección analizará los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales y de puntaje adicional de la Ley 2069 de 2020, ii) criterios diferenciales y de puntaje adicional para Mipyme en el sistema de compra pública, introducidos por el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el Decreto 1860 de 2021, iii) criterios diferenciales y de puntaje adicional para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. Artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y Decreto 1860 de 2021 y iv) desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas en condición de discapacidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre la vigencia en la Ley 2069 de 2020, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016 y C-026 del 4 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero, C-028 y C-029 del 23 de febrero de 2021 y C-037 del 26 de febrero de 2021. En relación con el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 se expidieron los conceptos C-029 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-573 13 de abril de 2021 y C-281 del 12 de mayo de 2022. En lo que respecta al artículo 32 de la Ley en comento, pueden consultarse los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-029 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-031 del 1 de marzo de 2022 y C-281 del 12 de mayo de 2022.

Por otro lado, esta Agencia estudió los requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad, entre otros en los conceptos C-030 del 28 de enero de 2020, C-026 del 11 de febrero de 2020, C-119 del 18 de marzo de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020,C-196 del 8 de abril de 2020, C-335 del 29 de mayo de 2020, C-302 del 12 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-410 del 26 de junio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-555 del 24 de agosto de 2020, C-629 del 2 de octubre de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 27 de noviembre de 2020, C-747 del 15 de diciembre de 2020, C-099 del 24 de marzo de 2021, C-119 del 30 de marzo de 2021, C-248 del 1 de junio de 2021, C-383 del 2 de agosto de 2021 y C-071 del 08 de febrero de 2022. Las ideas expuestas en los conceptos mencionados se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1.** **Vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales y de puntaje adicional 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 artículo 189, numeral 11, 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»[[1]](#footnote-2). 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 –Mipyme–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[2]](#footnote-3), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[3]](#footnote-4). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[4]](#footnote-5), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[5]](#footnote-6) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[6]](#footnote-7).

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 Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) *criterios diferenciales para Mipyme* 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 Mipyme 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. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma[[7]](#footnote-8).

 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 Mipyme 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[[8]](#footnote-9) 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 *ibídem* –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, como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021[[9]](#footnote-10).

**2.3. Criterios diferenciales y de puntaje adicional para Mipyme en el sistema de compra pública, introducidos por el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introduce criterios diferenciales para el acceso de las Mipyme al sistema de compras y contratación pública. Para estos efectos, el inciso primero dispone que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas». No obstante, 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 también dispone el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

El segundo inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, dispone que el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables». En desarrollo de este enunciado normativo, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó al Decreto 1082 de 2015 el artículo 2.2.1.2.4.2.18, el cual dispone lo siguiente:

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."

Se deben diferenciar, pues, dos circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a Mipyme –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra es el establecimiento de criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que «Lo previsto en esta norma […] 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».

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia, o que deban esperar una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y 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[[10]](#footnote-11).

Finalmente, aunque el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015 regula la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta, indicando en el primer inciso que «su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta», el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 adicionó un parágrafo a aquella disposición, que establece que «Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio».

Lo anterior quiere decir que el reglamento concedió competencia a Colombia Compra Eficiente para definir un valor de suficiencia diferencial, que no necesariamente deberá coincidir con el valor mínimo del diez por ciento (10%), indicado en el inciso primero del artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, en relación con las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio. Este será un análisis que realizará la Agencia, en cumplimiento de la facultad señalada en el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021, a partir del estudio de oportunidad y conveniencia correspondiente.

**2.4. Criterios diferenciales y de puntaje adicional para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. Artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y Decreto 1860 de 2021**

El artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente: «De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor».

 Por un lado, a diferencia del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibídem* –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 competitivos previstos en el manual de las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993.

 No obstante, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el parágrafo dispone que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». Si bien el desarrollo de este concepto condiciona la vigencia de todo el artículo en su conjunto, no cabe duda de que el reglamento podría intervenir en la definición de los «criterios diferenciales», aunque no exista habilitación expresa por parte del Congreso de la República. Esto en la medida en que la potestad reglamentaria se deriva del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de la ley.

 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.

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber 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 emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de 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.

En desarrollo de lo dispuesto 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 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. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales[[11]](#footnote-12).

 Debe agregarse que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con alguna de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. 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, proponentes que no cumplan con alguno de los criterios definitorios de emprendimientos y empresas de mujeres establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 están excluidos del ámbito de aplicación de los criterios diferenciales, reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Esto significa que, personas jurídicas con menos de un año de constitución están excluidas de la aplicación de los referidos criterios, incluso si cuentan con participación mayoritaria de mujeres desde el momento de su constitución.

Adicionalmente, el artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 dispone:

ARTÍCULO 4. Adición de un parágrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9. de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Adiciónese un parágrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9 de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual quedará así:

"PARÁGRAFO. Colombia Compra Eficiente podrá definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, y las Mipyme en los Acuerdos Marco de Precio."

Conviene destacar que el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece los documentos que acreditan cada una de las circunstancias por las cuales se puede demostrar que alguien tiene la calidad de emprendimiento y empresa de mujeres. Los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, *certificaciones* emitidas *bajo la gravedad del juramento*. En el supuesto del numeral 2, la certificación debe incluir, como soporte anexo, la «[…] 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».

Por su parte, en el evento previsto en el numeral 3 la calidad indicada se debe acreditar mediante «copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil». Igualmente, es importante considerar que el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.15 dispone que «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», para lo cual será necesario aportar, entonces, el documento de constitución del consorcio o la unión temporal.

Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las entidades estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

Debe agregarse a las consideraciones sobre la regulación de los criterios diferenciales a favor de las empresas y los emprendimientos de mujeres que el cuarto inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que «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». Por tanto, es recomendable considerar las distintas variables en los estudios del sector, para poder determinar los requisitos diferenciales y los puntajes adicionales, sin desconocer que la realización del análisis de oportunidad y conveniencia es una actividad a cargo de las entidades estatales y que la Agencia Nacional de Contratación Pública, como órgano rector del Sistema de Compras y Contratación Pública, solo brinda algunas pautas al respecto.

En efecto, según lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, en esta actividad las entidades estatales deben realizar un estudio de la oferta, que responda, entre otras, las siguientes preguntas: i) «Quién vende», y ii) «¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?» –teniendo en cuenta elementos como la producción, la distribución y el inventario–. En relación con la primera pregunta, la Guía, señala que «Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–4; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector»[[12]](#footnote-13).

En la misma perspectiva, el artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece, además, que uno de los aspectos relacionados con los requisitos habilitantes diferenciales a favor de las empresas y emprendimientos de mujeres –que los documentos del proceso deben incorporar– es el relativo al «Valor de la garantía de seriedad de la oferta». La justificación de emplear este aspecto debe ser determinada por las entidades estatales en los estudios previos. Esto se deduce a partir de lo siguiente:

i) El primer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. establece que «los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos» de los cinco aspectos que la norma enlista a continuación. Eso significa que el valor de la garantía de seriedad de la oferta podría emplearse o no para definir los criterios diferenciales, lo cual dependerá del análisis de oportunidad y conveniencia efectuado por la Administración.

ii) El segundo inciso del artículo en comento, a su vez, indica que «Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones». Por tanto, las entidades estatales, en la planeación del procedimiento contractual, deben definir la idoneidad de los criterios diferenciales –entre estos, el del valor de la garantía de seriedad de la oferta–, según el alcance de las obligaciones que emanarán del contrato.

iii) Lo anterior lo ratifica el cuarto inciso del artículo bajo análisis, según el cual «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».

iv) Como parte de los estudios previos, en el análisis de los riesgos, la entidad estatal debe hacer una tipificación, estimación y asignación de los riesgos del contrato, para determinar la conveniencia de establecer un factor habilitante diferencial para la garantía de seriedad de la oferta a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación[[13]](#footnote-14). Este documento recomienda una metodología que puede orientar dicha actividad, a cargo de las entidades estatales.

Ahora bien, es importe mencionar que a través de los documentos solicitados en el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– la Administración verifica *ex ante* que el proponente que pretenda beneficiarse de los factores diferenciales tenga la calidad de empresa y emprendimiento de mujeres. En este sentido, no inciden en el cumplimiento de las obligaciones circunstancias como, por ejemplo, el cambio en la participación accionaria o en la planta de empleados del nivel directivo durante la ejecución del contrato. Esto en la medida que, para beneficiarse del incentivo durante el proceso de selección, el interesado tuvo que demostrar alguna de los supuestos previstos en los numerales del artículo citado durante el último año anterior a la fecha de cierre. De esta manera, a diferencia de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015 para las personas en situación de discapacidad, el incentivo para empresas y emprendimientos de mujeres no contempla ningún mecanismo de seguimiento *ex post*, lo cual es acorde con la discrecionalidad de que goza el Gobierno nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Finalmente, lo que indica el artículo 2.2.1.2.4.2.15., cuando establece que «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*» (énfasis fuera de texto), es que, en caso de existir acuerdos comerciales vigentes que rijan el procedimiento contractual, la entidad estatal debe aplicar, de manera prevalente, las estipulaciones del tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.4.1.1., al señalar que «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ El artículo 2.2.1.2.4.2.15. se refiere, literalmente, a los *acuerdos comerciales vigentes*. En consecuencia, se trata de un tema distinto al del trato nacional para el otorgamiento del puntaje para la promoción de la industria nacional, regulado en la Ley 816 de 2003, el Decreto 680 de 2021 y demás disposiciones complementarias, ante la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad.

**2.5. Desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas en condición de discapacidad**

Con el propósito de hacer posible la igualdad real y efectiva de las personas en condición de discapacidad, el legislador expidió la Ley 1618 de 2013. Esta norma establece disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las mencionadas personas, mediante la adopción de medidas de equidad y de acciones afirmativas que promuevan su inclusión en diferentes ámbitos de la economía y la sociedad.

Como expresión de la finalidad antes enunciada y en aras de garantizar el derecho al trabajo en términos de igualdad de oportunidades para las personas en condición de discapacidad, el artículo 13 de Ley 1618 de 2013 estableció acciones afirmativas en el marco del sistema de compras públicas. Adicionalmente, ordenó al Gobierno Nacional expedir el decreto reglamentario que determinara una puntuación adicional y un sistema de preferencias en los procesos de contratación estatal. El artículo en mención prescribe lo siguiente:

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

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

[…]

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

La norma citada está en consonancia con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009 «Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006», referente al reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás.

Para estos efectos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad», regulando el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional en los procedimientos de selección, concretamente, los que se desarrollan en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el 10% de su nómina está integrada por personas en situación de discapacidad. De esta manera, adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección

Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| **Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente** | **Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido** |
| Entre 1 y 30  | 1  |
| Entre 31 y 100  | 2  |
| Entre 101 y 150  | 3  |
| Entre 151 y 200  | 4  |
| Más de 200  | 5  |

 […]

De conformidad con la disposición citada, con el fin de acceder al puntaje adicional, los proponentes deben cumplir con lo siguiente: i) certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o de sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección, a través de la persona natural, representante legal o revisor fiscal, según corresponda; y, ii) acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal mediante certificación expedida por el Ministerio de Trabajo, la cual debe estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Previo cumplimiento de estos requisitos, todos los interesados podrán beneficiarse del puntaje adicional con independencia de que tengan o no la condición de mipyme, emprendimiento y empresa de mujeres, pues la norma no hace distinciones al respecto.

En relación con el primer requisito, la norma dispone que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

Para el caso de proponentes singulares, la acreditación del número total de trabajadores vinculados en la planta de personal se realizará mediante certificación emitida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal cuando esté obligado a tenerlo. Por su parte, cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, la acreditación del requisito corresponderá a los integrantes en la forma antes enunciada. Por ende, deben certificar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal, según se trate de persona natural o persona jurídica.

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes. El certificado emitido por el proponente relaciona el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso. Por otra parte, en el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo se acredita el número de personas en situación de discapacidad. Estos certificados, conjuntamente, permitirán determinar si se cumple con el rango necesario que da lugar al proponente a acceder al beneficio.

En todo caso, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «[…] si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación». Esto significa que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 lo acredita alguno de los integrantes de la estructura plural que aporte más del cuarenta por ciento –40%– de la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Por el contrario, si el integrante que aporta este porcentaje mínimo de experiencia no tiene vinculados trabajadores en situación de discapacidad, el consorcio, la unión temporal o la promesa de sociedad futura de que forma parte no podrá obtener puntaje por este criterio, aun cuando los demás integrantes –con un porcentaje menor de experiencia– cuenten con trabajadores en condición de discapacidad.

En consecuencia, si más de uno de los integrantes de la estructura plural aporta «mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación», se podrá tener en cuenta la planta de personal de cualquiera de los integrantes que aporten dicho porcentaje para obtener el puntaje adicional de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, pues más de un integrante estaría en el supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, no se podrá tener en cuenta para dichos efectos la planta de personal de un integrante que aporte menos del cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida. Sobre este punto, se reitera, no resulta relevante el porcentaje de participación que tenga cada uno de los integrantes en la estructura plural, pues para calcular la experiencia solamente se toma en cuenta la sumatoria total de la experiencia de cada uno de ellos, independientemente de la manera como está conformado el proponente plural.

Para la acreditación del segundo requisito, esto es, el número mínimo de personas en condición discapacidad en su planta de personal, se deberá aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo al proponente persona natural o jurídica, o al integrante de la estructura plural que cumpla con esta condición. Este certificado deberá estar vigente al cierre del procedimiento de selección.

Del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se observa que la solicitud de requisitos para la acreditación de la vinculación de personas en condición de discapacidad se refiere a cada una de las personas naturales o jurídicas, bien sea de forma singular o como integrante de estructura plural, tal es el caso del certificado del Ministerio de Trabajo que se expide de forma independiente o de la planta de personal que se tiene en cuenta para la verificación del número de trabajadores en condición de discapacidad que se deben acreditar frente al número de trabajadores con que cuenta la planta de personal.

De acuerdo con lo expuesto, es menester destacar que la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018, reglamentario de los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la ley mencionada, dentro del sistema de preferencias e incentivos para la vinculación de personas en situación de discapacidad, regulan lo relacionado con la asignación de puntaje adicional, aspecto que no se reduce a la etapa precontractual, dado que durante la ejecución del contrato deben conservarse las condiciones que motivaron la asignación de puntaje adicional.

En este sentido, el Decreto 392 de 2018 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.7 al Decreto 1082 de 2015, referente al seguimiento durante la ejecución del contrato, e impone el deber a las entidades estatales de «verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta». Dicha verificación se realizará con base en los certificados que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

De lo anterior se desprende que la reducción del número de trabajadores acreditado y que haya servido para obtener puntaje adicional, constituye un incumplimiento del contrato por parte del contratista que dará lugar a las consecuencias previstas en el contrato en esa eventualidad, mediante el correspondiente proceso de incumplimiento que deberá realizarse con observancia a los postulados del debido proceso. Por lo anterior, corresponde a las entidades estatales efectuar la debida supervisión o interventoría de los contratos, que en lo referente al tema objeto de análisis, incluye efectuar las verificaciones pertinentes sobre la planta del personal del contratista[[14]](#footnote-15).

**3. Respuesta**

«conforme a la ley 2066 (sic) de 2022 en sus artículos 31 y siguientes y reglamentado por el decreto 1860 de 2021 en relación con los puntajes para Mipymes, mujeres y discapacitados como se aplica los mismos y si el criterio es acumulativo».

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 del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, fueron reglamentados en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 adicionado por el mismo artículo del referido reglamento.

 Las normas citadas desarrollan criterios habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para mipymes, emprendimientos y empresas de mujeres en sistema de compras públicas. Respecto a estos últimos, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 dispone que para los emprendimientos y empresas de mujeres «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 […] 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, […] 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». La norma citada también agrega que «Las Entidades incluirán estos […] 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».

 Asimismo, el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 dispone que, de acuerdo con el análisis del sector y sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, «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».

 Conforme al parágrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.15 *ibidem*, los puntajes adicionales descritos en los párrafos precedentes son compatibles siempre que se cumplan los criterios explicados *ut supra*. Lo anterior en la medida que las condiciones de mipyme y emprendimiento y empresa de mujer pueden coexistir en una misma persona. De esta manera, la norma citada dispone que «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».

 Un incentivo distinto está consagrado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018, el cual dispone que «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal […]». Dicho puntaje también se otorgará previo cumplimiento de los requisitos previstos en el reglamento conforme a lo explicado en el presente oficio, y de este podrán beneficiarse todos los interesados con independencia de que tengan o no la condición de mipyme, emprendimiento y empresa de mujeres.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. El artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015 establece: «Rangos para la Definición del Tamaño Empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

»1. Para el sector manufacturero:

Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT).

»Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT).

»Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1'736.565 UVT).

»2. Para el sector servicios:

»Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT).

»Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT).

»Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).

»3. Para el sector de comercio:

»Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT).

»Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT).

»Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2'160 .692 UVT).

»PARÁGRAFO 1. Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente.

»PARÁGRAFO 2. Para aquella empresa cuya actividad principal no corresponda exclusivamente a uno de los anteriores sectores, los rangos a aplicar serán aquellos previstos para el sector manufacturero.

»PARÁGRAFO 3. Cuando los ingresos de la empresa provengan de más de uno de los sectores contemplados en el presente Capítulo, se considerará la actividad del sector económico cuyos ingresos hayan sido más altos.

»PARÁGRAFO 4. EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en conjunto con el Departamento Nacional de Estadística -DANE-, a la fecha de la entrada en vigencia del presente Capitulo establecerá, mediante acto administrativo, el anexo técnico de correspondencia de los tres sectores, manufactura, comercio y servicios con la Clasificación de las Actividades Económicas - CllU Revisión 4». [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. En:

 https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_elaboracion\_estudios.pdf [↑](#footnote-ref-13)
13. Disponible en:

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_cobertura\_riesgo.pdf [↑](#footnote-ref-14)
14. En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.7. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018, establece lo siguiente: «Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. Las entidades estatales a través de los supervisores o interventores del contrato según corresponda, deberán verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. El contratista deberá aportar a la entidad estatal contratante la documentación que así lo demuestre.

»Esta verificación se hará con el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo y la entidad estatal contratante verificará la vigencia de dicha certificación, de conformidad con la normativa aplicable.

»Parágrafo. La reducción del número de trabajadores con discapacidad acreditado para obtener el puntaje adicional constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista, y dará lugar a las consecuencias del incumplimiento previstas en el contrato y en las normas aplicables. El procedimiento para la declaratoria de incumplimiento de que trata el presente artículo deberá adelantarse con observancia a los postulados del debido proceso, en aplicación de los principios que rigen la actividad contractual teniendo presente los casos de fuerza mayor o caso fortuito». [↑](#footnote-ref-15)