CCE-DES-FM-17

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

El 31 de diciembre de 2020 se expidió 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 ejerza la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política para 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». 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.

**SUJETOS – Especial protección constitucional – Artículo 3 – Decreto 1860 de 2021**

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 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, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que «[…] 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»

**INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos – Sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional**

La aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso. Así las cosas, conforme a lo explicado en la memoria de la reglamentación, es necesario considerar que la regla de fomento:

[…] además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al decreto la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento . (Énfasis fuera de texto)

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional.

**INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales**

La Ley 816 de 2003 «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, se adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales.

Para ello, el artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo indica que: Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

**BIENES NACIONALES – Ley 816 de 2003 – Decreto 680 de 2021**

Acorde con la regulación de la regla de origen, reglamentada en el Decreto 680 de 2021, tanto las entidades estatales, como los oferentes, debe tenerse en cuenta la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, para que el servicio sea nacional, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, sino que basta con que sea prestado «por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos». Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

De otra parte, el Decreto 680 de 2021 consagra, en el artículo 2, unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) el análisis del sector económico y, toda aquella información recabada en la etapa de planeación proceso, ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del contratos y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. Las entidades estatales deben valerse de estos criterios para analizar los insumos requeridos para la ejecución del objeto contractual ofertado y establecer cuales constituyen los bienes nacionales relevantes, análisis que debe constar en los Documentos del Proceso. Se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional, y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

Bogotá D.C., **17/08/2022 15:35:39**



Señor

**Arnulfo Meneses Villamarín**

Armenia, Quindío

 **Concepto C ‒ 528 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / SUJETOS – Especial protección constitucional – Artículo 3 – Decreto 1860 de 2021 / INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos – Sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional / INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales / BIENES NACIONALES – Ley 816 de 2003 – Decreto 680 de 2021.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas # P20220701006561 y P20220701006562  |

Estimado señor Meneses:

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 sus consultas del 1 de julio del 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza las siguientes consultas:

«¿En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, pueden determinar en los pliegos de condiciones o documento equivalente, como criterio de calificación para la asignación de puntaje 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021?

»¿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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, debe incluirse forzosamente como obligación en todos los contratos que celebren las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación?

»En la provisión de bienes por parte de las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, en donde no se exige como requisito habilitante la presentación de un equipo de trabajo ¿Cómo se da cumplimiento 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015?

»En la provisión de bienes o servicios por parte de las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, donde se exige como requisito habilitante la presentación de un equipo de trabajo en un número inferior al diez (10) personas ¿Cómo se da cumplimiento 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que la norma en comento señala que esa 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?

»¿Cuáles son los criterios y requisitos que deben observar las entidades estatales para la asignación del puntaje de apoyo a la industria nacional, cuando el objeto del contrato corresponda a la provisión o adquisición de bienes? ¿Es necesario para la asignación del puntaje de apoyo a la industria nacional, que los bienes objeto de adquisición se encuentren en el Registro de Productores de Bienes Nacionales? Si el anterior interrogante es afirmativo ¿Cómo se debe asignar el puntaje de apoyo a la industria nacional, cuando solamente una parte de los bienes objeto de adquisición se encuentren en el Registro de Productores de Bienes Nacionales? ¿Qué documentos debe presentar el interesado para obtener la asignación del puntaje por concepto de apoyo a la industria nacional en los contratos que tienen por objeto la adquisición de bienes?»

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resolverá la consulta, previo análisis de los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, ii) regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentación de su inciso cuarto en el Decreto 1860 de 2021 y iii) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y el Decreto 680 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 en varios conceptos[[1]](#footnote-1). Los más recientes son los conceptos C-041 de 2 de marzo de 2022, C-165 de 6 de abril de 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022 y C-343 del 31 de mayo de 2022. De igual manera, analizó la aplicación del Decreto 680 de 2021 y el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección en los conceptos C-442 del 26 de agosto de 2021, C-542 del 20 de octubre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-020 del 22 de febrero de 2022, C-196 de 13 de abril de 2022 y C-396 del 15 de junio de 2022. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se expidió 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 ejerza la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de esta ley. Para efectos de los temas relacionados con la contratación estatal, esto último se materializó con la expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre 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», y con el Decreto 442 del 28 de marzo de 2022, «Por el cual se modifica el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar el artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 en lo relativo a la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación».

En cuanto al contenido de la Ley 2069 de 2020, 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[[2]](#footnote-2), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[3]](#footnote-3). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[4]](#footnote-4), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[5]](#footnote-5) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[6]](#footnote-6).

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es 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[[7]](#footnote-7).

 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[[8]](#footnote-8).

Además, 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. Teniendo en cuenta que una parte de la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, a continuación, se estudiará el contenido de dicha norma así como alcance del Decreto que lo reglamenta.

**2.2. Regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentación de su inciso cuarto en el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[9]](#footnote-9), prescribiendo lo que se indica a continuación:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin contrariar los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento a cargo del gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones normativas que permitan la provisión de bienes y servicios, a través de la celebración de contratos estatales con algunas *personas que gozan de especial protección constitucional*. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga[[10]](#footnote-10).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de los actos normativos, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 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, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que «[…] 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» (Énfasis fuera de texto). Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, prescribe lo siguiente:

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. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, en primer lugar, la nueva norma está dirigida a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos. En segundo lugar, dispone que en los pliegos de condiciones o documento equivalente deben implementarse mecanismos para que, durante la ejecución del contrato estatal, participen los *sujetos de especial protección constitucional* en la provisión de los bienes o servicios. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo, en la medida que dicha provisión 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.

No obstante, la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista, cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual, sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso. Así las cosas, conforme a lo explicado en la memoria de la reglamentación, es necesario considerar que la regla de fomento:

[…] además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al decreto la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. *Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento*[[11]](#footnote-11). (Énfasis fuera de texto)

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios *de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato,* debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional. Esto en la medida que corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

En efecto, el ejercicio de potestades discrecionales comporta valoraciones de conveniencia, ya que la norma no predetermina el contenido de la decisión sino que la deja a la libre consideración del órgano competente. En otras palabras, queda a la Administración la facultad de valorar la oportunidad de actuar o dejar de hacerlo. Esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa no correspondería a ejercicio de una potestad reglada[[12]](#footnote-12). De esta manera, la doctrina explica que:

[…] la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, *bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia*, bien para optar entre una u otra soluciones posibles cuando la tarea de gobernar o de administrar impone tomar una decisión[[13]](#footnote-13). (Énfasis fuera de texto)

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* yla *conveniencia* se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría acuerdos comerciales vigentes, ni pone en riesgo la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato. Por el contrario, si estima que el incentivo no cumple los criterios anteriormente expuestos por las razones que se expresen en los documentos del proceso, no aplicará la regla de fomento del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015. Por lo demás, esta norma no establece que 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 deba realizarse estableciendo un criterio de calificación con puntos, sino incorporando esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente.

Frente a la demostración de las circunstancias reguladas por la norma bajo análisis, como puede observarse, 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»[[14]](#footnote-14).

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[[15]](#footnote-15). 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.

**2.3. Otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y el Decreto 680 de 2021**

La Ley 816 de 2003, «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, se adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales[[16]](#footnote-16).

 Para ello, el artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo indica que:

Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

En materia de contratación pública, dicho trato nacional es aplicable a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de conformidad con las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como a los extranjeros que cumplan con los criterios que se encuentran regulados en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del mismo Decreto[[17]](#footnote-17), en el que se establece la forma como se debe acreditar la existencia de trato nacional para extranjeros, dependiendo del fundamento de este y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable. Por otra parte, las entidades estatales deben aplicar en sus procedimientos de selección lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

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

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

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

 De acuerdo con esta norma, las ofertas de bienes y servicios nacionales –o extranjeros con derecho a trato nacional– deberán beneficiarse de la obtención de un puntaje comprendido entre el 10 y el 20% del total de los puntos, según lo haya definido la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones o documento equivalente, con la finalidad de incentivar la industria nacional. Al respecto, conviene señalar que es la entidad pública la que, en el pliego de condiciones, debe fijar los criterios de asignación de puntaje –o factores de evaluación–. De este modo, cuenta con la discrecionalidad administrativa para determinar a partir de qué elementos o circunstancias realizará la calificación de las propuestas. Por supuesto, tal discrecionalidad no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la elaboración del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva.

 Dentro de las reglas que restringen la discrecionalidad administrativa de las entidades estatales en la elaboración del pliego de condiciones se encuentra el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, este enunciado normativo establece que las entidades de la administración pública a las que se refiere el artículo 1 de la misma Ley deben incluir «[…] un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%)» para estimular la industria nacional, cuando se oferten bienes o servicios nacionales» –inciso primero o «Franja 1»–. Adicionalmente, la norma indica que si no se ofertan bienes o servicios nacionales, sino bienes o servicios *extranjeros*, «[…] la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos» –inciso segundo o «Franja 2»–.

 Aclarado el alcance de la norma que promueve el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional en las compras públicas, es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado mediante el Decreto 680 de 2021. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación de la regla de origen contemplada en este Decreto. En primer lugar, el artículo 1 del mencionado Decreto modificó parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, para definir los *Servicios Nacionales* de una forma distinta, en los siguientes términos:

Servicios Nacionales. En los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda.

En los contratos que no deban cumplirse en Colombia, que sean prestados en el extranjero y estén sometidos a la legislación colombiana, un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano.

Los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista.

De acuerdo con lo anterior, la nueva noción de *Servicios Nacionales* no está determinada únicamente por la naturaleza jurídica de su prestador, ya que además de tratarse de una persona natural colombiana o jurídica conformada según la ley colombiana, se requiere que la propuesta, en principio, incluya en la ejecución del contrato la utilización de los bienes nacionales relevantes. En ese sentido, la definición de *Servicios Nacionales* remite a la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el mismo artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, para que el servicio sea nacional, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, sino que basta con que sea prestado «por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos». Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

De otra parte, el último inciso de la definición transcrita establece una prerrogativa aplicable solo a los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional. Conforme a esta, es posible establecer si se acoge la regla de origen establecida en el Decreto 1082 de 2015, o si por el contrario se acredita el origen de los servicios conforme a las reglas de sus correspondientes países o las contemplada en los respectivos Acuerdos Comerciales. Esto es aplicable oferentes de países con Acuerdos Comerciales vigentes, los provenientes de países que tengan trato nacional por reciprocidad y a los miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Asimismo, el Decreto 680 de 2021 consagra, en el artículo 2, unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, el artículo 2 del Decreto en comento, establece:

Adiciónese el artículo 2.2.1.2.4.2.9. 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, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, cuyo texto será el siguiente:

«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.9. Puntaje para la promoción de la industria nacional en los Procesos de Contratación de servicios. La Entidad Estatal en los Procesos de Contratación de servicios, otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que oferte Servicios Nacionales o servicios extranjeros con trato nacional de acuerdo con la regla de origen aplicable.

En los contratos que deban cumplirse en Colombia, la Entidad Estatal definirá de manera razonable y proporcionada los bienes colombianos relevantes teniendo en cuenta:

1. El análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación;

2. El porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación; y

3. La existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.

La Entidad Estatal documentará este análisis y dejará constancia en los Documentos del Proceso».

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) el análisis del sector económico y, toda aquella información recabada en la etapa de planeación proceso, ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del contratos y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. Las entidades estatales deben valerse de estos criterios para analizar los insumos requeridos para la ejecución del objeto contractual ofertado y establecer cuales constituyen los bienes nacionales relevantes, análisis que debe constar en los Documentos del Proceso. Se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional, y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

El penúltimo inciso del artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, establece una regla subsidiaria para otorgar el puntaje de industria nacional en procesos de contratación en los que, en atención al objeto contractual no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los bienes relevantes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales. Esta regla consiste en otorgar el puntaje, al proponente que vincule el porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos establecido por la entidad estatal, el cual no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato. Conforme a esta regla residual, cuando en el marco de la planeación, la entidad estatal no logre establecer que el objeto contractual requiera de bienes nacionales que se ajusten a los referidos criterios, deberá otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los proponentes que ejecuten el contrato garantizando la participación de personal colombiano en el correspondiente porcentaje mínimo.

 De acuerdo con lo anterior, corresponde a las entidades estatales dentro de la planeación de los procesos de selección competitivos que adelantan, establecer cuál de las dos alternativas para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional tendrá aplicación, para lo cual deben realizar un análisis que conste en los Documentos del Proceso. Adicionalmente, en la medida en que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla especifica al respecto, se estima indispensable que las entidades estatales, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[18]](#footnote-18), establezcan en los pliegos de condiciones las reglas por las que deben seguirse los proponentes al momento de presentar sus ofertas para poder obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional.

 En consonancia con lo aquí explicado, tales reglas aplicables a la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional no solo deberán reparar en si el oferente es una persona natural colombiana, una persona jurídica constituida conforme a la ley nacional, un proponente extranjero con derecho a trata nacional o un proponente plural conformado por estos, sino que además deben procurar en que se satisfaga el criterio adicional necesario para hablar de *Servicio Nacional*, en cualquiera de las dos alternativas por las que se haya decantado la entidad tras aplicar el artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021. En ese sentido, si se determinó que existen bienes con una participación importante en el presupuesto incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, para otorgar el puntaje la entidad deberá verificar que el oferente efectivamente se haya comprometido a hacer uso de esos bienes en la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario, o en su defecto, que se haya hecho el compromiso de vincular el personal mínimo establecido por la entidad, el cual, se reitera, no podrá ser inferior al 40%.

**3. Respuesta**

«¿En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, pueden determinar en los pliegos de condiciones o documento equivalente, como criterio de calificación para la asignación de puntaje 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021?».

El fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios *de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato,* por lo cual debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional. Esto en la medida que corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

Por tanto, si, previa valoración de la *oportunidad* yla *conveniencia*,se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría acuerdos comerciales vigentes, ni amenaza la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato. Por el contrario, si estima que el incentivo no cumple los criterios anteriormente expuestos por las razones que se expresen en los documentos del proceso, no aplicará la regla de fomento del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015. Por lo demás, esta norma no establece que 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 debe realizarse estableciendo un criterio de calificación con puntos, sino incorporando esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente.

«¿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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, debe incluirse forzosamente como obligación en todos los contratos que celebren las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación?».

Como se señaló anteriormente, la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista, cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática, ni forzosa, en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto, ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual, sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia que consta en los Documentos del Proceso.

«En la provisión de bienes por parte de las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, en donde no se exige como requisito habilitante la presentación de un equipo de trabajo ¿Cómo se da cumplimiento 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015?».

El hecho de que no se exija, como requisito habilitante, un equipo de trabajo no obsta para que la entidad estatal pueda fomentar la ejecución del contrato 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 un porcentaje acorde con el señalado en el tercer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015. Esto, por cuanto, como lo señala el inciso cuarto *ibidem*, basta con que, previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorpore «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 quinto inciso del mismo artículo dispone, a su vez, 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».

 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 la provisión de bienes o servicios por parte de las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, donde se exige como requisito habilitante la presentación de un equipo de trabajo en un número inferior al diez (10) personas ¿Cómo se da cumplimiento 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 determinado en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que la norma en comento señala que esa 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 acuerdo con lo explicado, independientemente de los requisitos habilitantes exigidos por la entidad estatal y de los criterios de calificación establecidos en el pliego de condiciones o en el documento equivalente, el contratista debe cumplir, so pena de las sanciones pecuniarias correlativas, el porcentaje fijado por la entidad estatal en la minuta del contrato para 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. Según el tercer inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.16., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, «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». Lo anterior, previo análisis de oportunidad y conveniencia que debe efectuar la entidad estatal. El contratista, debe estarse a lo establecido allí, pues, como indica el artículo 1602 del Código Civil, «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

«¿Cuáles son los criterios y requisitos que deben observar las entidades estatales para la asignación del puntaje de apoyo a la industria nacional, cuando el objeto del contrato corresponda a la provisión o adquisición de bienes? ¿Es necesario para la asignación del puntaje de apoyo a la industria nacional, que los bienes objeto de adquisición se encuentren en el Registro de Productores de Bienes Nacionales? Si el anterior interrogante es afirmativo ¿Cómo se debe asignar el puntaje de apoyo a la industria nacional, cuando solamente una parte de los bienes objeto de adquisición se encuentren en el Registro de Productores de Bienes Nacionales? ¿Qué documentos debe presentar el interesado para obtener la asignación del puntaje por concepto de apoyo a la industria nacional en los contratos que tienen por objeto la adquisición de bienes?».

Acorde con la regulación de la regla de origen, reglamentada en el Decreto 680 de 2021, tanto las entidades estatales, como los oferentes, debe tenerse en cuenta la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, para que el servicio sea nacional, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, sino que basta con que sea prestado «por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos». Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

De otra parte, el Decreto 680 de 2021 consagra, en el artículo 2, unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) el análisis del sector económico y, toda aquella información recabada en la etapa de planeación proceso, ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del contratos y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. Las entidades estatales deben valerse de estos criterios para analizar los insumos requeridos para la ejecución del objeto contractual ofertado y establecer cuales constituyen los bienes nacionales relevantes, análisis que debe constar en los Documentos del Proceso. Se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional, y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

El penúltimo inciso del artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, establece una regla subsidiaria para otorgar el puntaje de industria nacional en procesos de contratación en los que, en atención al objeto contractual no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los bienes relevantes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales. Esta regla consiste en otorgar el puntaje, al proponente que vincule el porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos establecido por la entidad estatal, el cual no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato. Conforme a esta regla residual, cuando en el marco de la planeación, la entidad estatal no logre establecer que el objeto contractual requiera de bienes nacionales que se ajusten a los referidos criterios, deberá otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los proponentes que ejecuten el contrato garantizando la participación de personal colombiano en el correspondiente porcentaje mínimo.

 De acuerdo con lo anterior, corresponde a las entidades estatales dentro de la planeación de los procesos de selección competitivos que adelantan, establecer cuál de las dos alternativas para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional tendrá aplicación, para lo cual deben realizar un análisis que conste en los Documentos del Proceso. Adicionalmente, en la medida en que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla especifica al respecto, se estima indispensable que las entidades estatales, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[19]](#footnote-19), establezcan en los pliegos de condiciones las reglas por las que deben seguirse los proponentes al momento de presentar sus ofertas para poder obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional.

 En consonancia con lo aquí explicado, tales reglas aplicables a la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional no solo deberán reparar en si el oferente es una persona natural colombiana, una persona jurídica constituida conforme a la ley nacional, un proponente extranjero con derecho a trata nacional o un proponente plural conformado por estos, sino que además deben procurar en que se satisfaga el criterio adicional necesario para hablar de *Servicio Nacional*, en cualquiera de las dos alternativas por las que se haya decantado la entidad tras aplicar el artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021. En ese sentido, si se determinó que existen bienes con una participación importante en el presupuesto incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, para otorgar el puntaje la entidad deberá verificar que el oferente efectivamente se haya comprometido a hacer uso de esos bienes en la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario, o en su defecto, que se haya hecho el compromiso de vincular el personal mínimo establecido por la entidad, el cual, se reitera, no podrá ser inferior al 40%.

Para acceder al puntaje con ocasión de la inclusión en la propuesta de los bienes nacionales relevantes identificados por la entidad aplicando la metodología prevista en la matriz o formato que la entidad establezca en el pliego de condiciones, el proponente deberá diligenciar la tabla dispuesta para el efecto y suscribir el formato mediante el cual se compromete a incorporar tales bienes en la ejecución del contrato. Por el contrario, si no existen bienes nacionales relevantes, para acceder al puntaje en razón de la vinculación de un porcentaje no inferior al 40% del personal requerido para la ejecución del contrato, los proponentes deben diligenciar el formato que así lo indique.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E)  |

1. Esta Agencia también se pronunciado sobre el tema en los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 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-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-211 del 11 de mayo de 2021, C-234 del 24 de mayo de 2021, C-271 del 9 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-426 del 18 de agosto de 2021, C-309 del 24 de agosto de 2021 y C-455 del 31 de agosto de 2021.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-6)
7. Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>). [↑](#footnote-ref-7)
8. 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)
9. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

»"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

»Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales a favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

»En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

»De igual forma, 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.

»Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

»Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

»Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen"». [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. DNP, Memoria Justificativa del proyecto de decreto de 24/09/2021, publicada en página web: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/SEGUNDA%20PUBLICACI%c3%93N%20-%20MEMORIA%20JUSTIFICATIVA%2024\_09\_2021.pdf [↑](#footnote-ref-11)
12. En efecto, «En el caso de la determinación *precisa* del interés público, la Administración no tiene potestad alguna de valoración de éste en orden a la oportunidad de actuar o no, por lo que su actividad se llama *reglada*. En cambio, en el caso de determinación *imprecisa*, a la Administración le queda de cualquier modo, la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no, potestad que es mas o menos amplia según los casos […]. Tal potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa se llama potestad *discrecional* o *discrecionalidad* […]» (ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch, 1970. p. 118. Énfasis dentro del texto) [↑](#footnote-ref-12)
13. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994. p. 114. [↑](#footnote-ref-13)
14. En:

 https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_elaboracion\_estudios.pdf [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. Año X – No. 642, 11 de diciembre de 2001. Disponible en: [GACETAS DEL CONGRESO (imprenta.gov.co)](http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/) [↑](#footnote-ref-16)
17. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (e) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

»El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-17)
18. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[…]

   »3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

   […]

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato […]».

 [↑](#footnote-ref-18)
19. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[…]

   »3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

   […]

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato […]».

 [↑](#footnote-ref-19)