**CCE-DES-FM-17**

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

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.

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

**PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación pública – Pobreza extrema – Desplazamiento forzado – Proceso de reintegración – Proceso de reincorporación – especial protección constitucional**

El cuarto inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece que «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos» «[…], en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional *en las* *condiciones que señale el reglamento*; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual» (Énfasis fuera de texto). De esta manera, si bien la norma permite fomentar en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de algunas personas que gozan de especial protección constitucional, la inclusión de estos mecanismos en los pliegos de condiciones está supeditada a las condiciones y reglas que desarrolle el reglamento.

**PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS – Sujetos de especial protección constitucional – Decreto 1860 de 2021 – Reglas**

Como se advierte, en primer lugar, esta disposición 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, para que en sus procesos de contratación fomenten 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. Por tanto, esta disposición deberá aplicarse -en los términos del reglamento- no solo por las entidades sometidas al EGCAP sino también por aquellas entidades que cuenten con un régimen exceptuado de contratación, así como por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, en todos los procesos de contratación que adelanten. En segundo lugar, la norma 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. […] Para tales efectos, la norma establece unos límites dentro del cual la entidad estatal fijará en el pliego de condiciones o documento equivalente un porcentaje mínimo que debe cumplir el contratista para garantizar la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo para su inclusión en el pliego de condiciones o documento equivalente, 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. Es decir, que la entidad determinará el porcentaje respectivo siempre que no supere los límites establecidos; sin perjuicio de que, en la ejecución del contrato, el contratista, cumpliendo con el mínimo, realice una provisión mayor a la exigida en el pliego de condiciones o documento equivalente. Además, la entidad 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.

**INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales – 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 contratación 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. […]

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, fundamentado en los elementos indicados, los cuales remiten, entre otros aspectos, al criterio de oportunidad y conveniencia realizado por la entidad contratante. De esta manera, 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 equivalente.



Bogotá D.C., **26/08/2022**

Señor

**Jhon Mauricio Narváez Rodríguez**

Ibagué, Tolima

 **Concepto C ‒ 541 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación pública – Pobreza extrema – Desplazamiento forzado – Proceso de reintegración – Proceso de reincorporación – especial protección constitucional / PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS – Sujetos de especial protección constitucional –Decreto 1860 de 2021 – Reglas / INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales – Sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20220714006892 y P20220714006893 – Acumuladas  |

Estimado señor Narváez:

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 14 de julio de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, usted realiza las siguientes preguntas: i) «es de carácter obligatorio en todos los procesos contractuales aplicar dicha disposición», ii) «cuando se establece la palabra Fomento ha (sic) que se hace referencia», iii) «cuál es el alcance de dicha disposición, existe algún criterio jurídico por parte de ustedes» y iv) «dicha disposición se puede poner como obligaciones del contrato o solo de especifica en la JOC».

1. **Consideraciones**

Para responder sus preguntas se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto de la Ley 2069 de 2020 en la contratación estatal y ii) 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.

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 lo concerniente al artículo 34 de la Ley *ut supra*, la Agencia profirió 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-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 7 de abril de 2021, C-125 del 5 de abril de 2021, C-141 del 8 de abril de 2021, C-114 del 13 de julio 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-234 del 26 de mayo de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-455 del 31 de agosto de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021 y C-573 del 13 octubre de 2021. En relación con el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, se pronunció en los conceptos C-293 del 12 de abril de 2022, C-317 del 16 de mayo de 2022 y C-343 del 31 de mayo de 2022. Las ideas expuestas en los conceptos mencionados se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente[[1]](#footnote-2).

**2.1 Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal**

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.

Conforme con lo previsto en su 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-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).

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-8).

 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-9).

Además, 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.

**2.2 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**

El cuarto inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece que «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos» «[…], en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional *en las* *condiciones que señale el reglamento*; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual» (Énfasis fuera de texto). De esta manera, si bien la norma permite fomentar en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de algunas personas que gozan de especial protección constitucional, la inclusión de estos mecanismos en los pliegos de condiciones está supeditada a las condiciones y reglas que desarrolle el reglamento.

Para estos efectos, 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. Dicho artículo prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16. Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos fomentarán en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

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

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

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

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

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

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

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

Como se advierte, en primer lugar, esta disposición 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, para que en sus procesos de contratación fomenten 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. Por tanto, esta disposición deberá aplicarse -en los términos del reglamento- no solo por las entidades sometidas al EGCAP sino también por aquellas entidades que cuenten con un régimen exceptuado de contratación, así como por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, en todos los procesos de contratación que adelanten.

En segundo lugar, la norma 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. Al respecto, en la memoria justificativa del proyecto que se convirtió en el Decreto 1860 de 2021 se indicó que se debe establecer un parámetro que «debe asegurar de alguna manera que el mecanismo implementado no atente contra el cabal cumplimiento del contrato, de tal manera que el acatamiento del reglamento no devenga en el incumplimiento del contrato, ni la desmejora de la calidad requerida»[[9]](#footnote-10). Para tales efectos, la norma establece unos límites dentro del cual la entidad estatal fijará en el pliego de condiciones o documento equivalente un porcentaje mínimo que debe cumplir el contratista para garantizar la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo para su inclusión en el pliego de condiciones o documento equivalente, 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. Es decir, que la entidad determinará el porcentaje respectivo siempre que no supere los límites establecidos; sin perjuicio de que, en la ejecución del contrato, el contratista, cumpliendo con el mínimo, realice una provisión mayor a la exigida en el pliego de condiciones o documento equivalente. Además, la entidad 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.

Sobre la finalidad de esta norma, en la memoria justificativa se indica que con este mecanismo «se incentiva la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional, utilizando los contratos estatales, y todos aquellos celebrados con cargo a recursos públicos, como un medio para llevar a cabo tal fin, lo cual se interpreta como una medida de acción afirmativa o un incentivo contractual». Así, 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.

En este contexto, la palabra «Fomento» incorporada en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015 debe entenderse según su significado literal es decir, «promover, impulsar o proteger algo»[[10]](#footnote-11), de tal manera que las entidades a las que está dirigida la norma implementen en el pliego de condiciones o documento equivalente mecanismos que promuevan en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados, en las condiciones que señale el reglamento. Lo anterior, en concordancia con el propósito de la ley 2069 de 2020 de generar la reactivación de la economía, impulsar la actividad emprendedora y así 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.

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 contratación 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 justificativa, 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-12). (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, fundamentado en los elementos indicados, los cuales remiten, entre otros aspectos, al criterio de oportunidad y conveniencia realizado por la entidad contratante. De esta manera, 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 equivalente.

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 en 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 al ejercicio de una potestad reglada[[12]](#footnote-13). 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-14). (Énfasis fuera de texto)

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* y la *conveniencia*  se concluye que el incentivo puede incorporarse y 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, adicionalmente, fijando en la minuta del contrato las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado. 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.

En todo caso, corresponde a la entidad realizar este análisis en los documentos del proceso, teniendo en cuenta 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 de los sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, en el evento en que la entidad decida incluir dicha obligación conforme lo señalado en los párrafos precedentes, 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). Frente a este aspecto, vale anotar que 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». De esta manera, la vinculación se podrá realizar por cualquier modalidad que se determine pertinente, sin que se restrinja al ámbito laboral.

En relación con el concepto de «provisión de bienes o servicios» es pertinente indicar que este es amplio, pues enmarca las actividades que se desarrollan en el mercado, para vender, suministrar o prestar bienes o servicios[[14]](#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.

Por su parte, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015 define los sujetos de especial protección constitucional, señalando que su acreditación se realizará en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo indicado en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditará en los términos que señale el pliego de condiciones o documento equivalente. De esta manera, para determinar la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional se debe remitir al artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015 y en los eventos que no estén contemplados en la normativa vigente la entidad estatal podría definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones.

Por último, se considera importante mencionar, en lo que resta del concepto, que en relación con los procedimientos de selección regidos por los *documentos tipo* –de que trata el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020– que el parágrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, señala que para efectos de dichos procesos, 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. En desarrollo de lo anterior, se expidió la Resolución 275 de 2022 «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», que se aplicará a los proceso de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 29 de agosto de 2022.

Esta resolución regula, entre otros aspectos, las reglas de fomento en los documentos tipo de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, infraestructura de agua potable y saneamiento básico e infraestructura social. Para estos efectos, se estableció en la cláusula novena de la minuta del contrato la obligación de destinar a la ejecución de este en un porcentaje mínimo –que se debe establecer dentro del rango del cinco por ciento (5%) al diez por ciento (10%)– la provisión de bienes o servicios por parte de alguno o algunos de los siguientes sujetos: población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, entre otrossujetos identificados por la Ley o la jurisprudencia de esta manera. De este modo, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, si producto del análisis de oportunidad y conveniencia la entidad estatal determina la viabilidad de establecer esta obligación, la incorporará dentro de la minuta del contrato y determinará el porcentaje de vinculación teniendo en cuenta el rango previsto por esta Agencia. No obstante, el contratista podrá incluir en la ejecución del contrato un porcentaje superior al definido por la Entidad.

Adicionalmente, en esta obligación se determinan las condiciones para incorporar a los sujetos mencionados en la ejecución del contrato. De esta manera, el contratista deberá presentar la documentación respectiva que acredita la condición de estos sujetos y la forma en la que se destinará su participación durante su desarrollo. En tal sentido, se fomenta que el contratista determine libremente la forma en que participarán estos sujetos en el desarrollo del objeto contractual, siempre que se garantice que los bienes y servicios requeridos sean proveídos por estos y se mantengan durante toda la ejecución del contrato en el porcentaje mínimo establecido, so pena del incumplimiento contractual

Asimismo, se incluye en la cláusula de multas las consecuencias de incumplir la obligación señalada. Sin embargo, se precisa que la entidad incorporará dicha multa si del análisis de conveniencia y oportunidad decide establecer la obligación relacionada con la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos de especial protección constitucional. En todo caso, es conveniente resaltar que, conforme lo señalado en los documentos tipo, la imposición de esta multa no procederá en aquellos casos en que dicha obligación se hace imposible de cumplir o ejecutar por causas no imputables al contratista, situación que deberá probarse debidamente a la entidad estatal.

**3. Respuesta**

i) «es de carácter obligatorio en todos los procesos contractuales aplicar dicha disposición»

Conforme a la interpretación de la normativa analizada, 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 contratación 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* realizado en los Documentos del Proceso.

En consecuencia, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional, 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*. Por ello, corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno y conveniente incluir la exigencia de dicha provisión en los pliegos de condiciones o documento equivalente.

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 corresponde al ejercicio de una potestad reglada.

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* y la *conveniencia*  se concluye que el incentivo puede incorporarse y 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 en la minuta del contrato las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado. 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.

 ii) «cuando se establece la palabra Fomento ha (sic) que se hace referencia»

En la memoria justificativa del proyecto que se convirtió en el Decreto 1860 de 2021 se indica que con este mecanismo «se incentiva la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional, utilizando los contratos estatales, y todos aquellos celebrados con cargo a recursos públicos, como un medio para llevar a cabo tal fin, lo cual se interpreta como una medida de acción afirmativa o un incentivo contractual». Así, 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.

En este contexto, la palabra «Fomento» incorporada en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015 debe entenderse según su significado literal, es decir, «promover, impulsar o proteger algo»[[15]](#footnote-16), de tal manera que las entidades a las que está dirigida la norma implementen en el pliego de condiciones o documento equivalente mecanismos que promuevan en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados, en las condiciones señaladas por el reglamento. Lo anterior, en concordancia con el propósito de la ley 2069 de 2020 de generar la reactivación de la economía, impulsar la actividad emprendedora y así 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.

iii) «cuál es el alcance de dicha disposición, existe algún criterio jurídico por parte de ustedes»

iv) «dicha disposición se puede poner como obligaciones del contrato o solo de especifica en la JOC».

De conformidad con lo expuesto en este concepto, en primer lugar, el artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015 deberá aplicarse no solo por las entidades sometidas al EGCAP sino también por aquellas entidades que cuenten con un régimen exceptuado de contratación, así como por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, en los procesos de contratación que adelanten. En segundo lugar, la norma 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. Para tales efectos, la norma establece unos límites dentro del cual la entidad estatal fijará en el pliego de condiciones o documento equivalente un porcentaje mínimo que debe cumplir el contratista para garantizar la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo, en la medida que la exigencia de 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. Es decir, que la entidad determinará el porcentaje respectivo siempre que no supere los límites establecidos; sin perjuicio de que, en la ejecución del contrato, el contratista, cumpliendo con el mínimo, realice una provisión mayor a la exigida en el pliego de condiciones o documento equivalente. Además, la entidad 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.

No obstante, la participación de los sujetos 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. En tal sentido, como se indicó en las consideraciones de este concepto, en la medida que corresponde a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno y conveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, se concluye que la inclusión de este incentivo es de naturaleza discrecional.

De otro lado, es importante mencionar que en relación con los procedimientos de selección regidos por los *documentos tipo* –de que trata el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020– que el parágrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, señala que para efectos de dichos procesos, 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. En desarrollo de lo anterior, se expidió la Resolución 275 de 2022 «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», que se aplicará a los proceso de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 29 de agosto de 2022. Esta resolución regula, entre otros aspectos, las reglas de fomento en los documentos tipo de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, infraestructura de agua potable y saneamiento básico e infraestructura social.

Para estos efectos, se estableció en la cláusula novena de la minuta del contrato la obligación de destinar a la ejecución de este en un porcentaje mínimo –que se debe establecer dentro del rango del cinco por ciento (5%) al diez por ciento (10%)– la provisión de bienes o servicios por parte de alguno o algunos de los siguientes sujetos: población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, entre otrossujetos identificados por la Ley o la jurisprudencia de esta manera. De este modo, si producto del análisis de oportunidad y conveniencia la entidad estatal determina la viabilidad de establecer esta obligación, la incorporará dentro de la minuta del contrato y determinará el porcentaje de vinculación teniendo en cuenta el rango previsto por esta Agencia. No obstante, el contratista podrá incluir en la ejecución del contrato un porcentaje superior al definido por la Entidad.

Asimismo, se determinan las condiciones para incorporar a los sujetos mencionados en la ejecución del contrato, fomentando que el contratista determine libremente la forma en que participarán estos sujetos en el desarrollo del objeto contractual, siempre que se garantice que los bienes y servicios requeridos sean proveídos por estos y se mantengan durante toda la ejecución del contrato en el porcentaje mínimo establecido, so pena del incumplimiento contractual. Por tanto, se incorporó en la cláusula de multas las consecuencias de incumplir la obligación señalada, la cual debe incluirse solo si, producto del análisis de conveniencia y oportunidad, la entidad decide establecer la obligación relacionada con la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos de especial protección constitucional.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Estos conceptos pueden ser consultados en https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos# [↑](#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. 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-8)
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-9)
9. La memoria justificativa puede consultarse aquí: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Proyecto-de-Decreto.aspx> [↑](#footnote-ref-10)
10. Definición RAE disponible en: <https://dle.rae.es/fomentar> [↑](#footnote-ref-11)
11. Memoria justificativa disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Proyecto-de-Decreto.aspx> [↑](#footnote-ref-12)
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-13)
13. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994. p. 114. [↑](#footnote-ref-14)
14. La RAE define el verbo «proveer», entre otras acepciones, como «Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin». Disponible en: https://dle.rae.es/proveer?m=form [↑](#footnote-ref-15)
15. Definición RAE disponible en: <https://dle.rae.es/fomentar> [↑](#footnote-ref-16)