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

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

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

**DEFINICIÓN DE CRITERIOS DIFERENCIALES – Mipymes – Emprendimientos de mujeres – Estudios del sector**

[…] la fijación de criterios diferenciales es un deber cuyo cumplimiento está sometido a los resultados del análisis del sector y a lo previsto en el artículo 590 del 2000, lo que significa que, para acatarlo, las Entidades Estatales y los particulares descritos en la norma, no sólo están supeditados por el listado de aspectos a los que pueden circunscribirse los criterios diferenciales, sino que además deben tener en cuenta la información que refleje el estudio del sector que les corresponde realizar para cada uno de sus contratos.

Por lo tanto, la definición de criterios diferenciales en favor de las Mipyme y de los emprendimientos y empresas de mujeres domiciliados en Colombia, no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector.

[…]

[…] para la determinación de los criterios diferenciales a favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres, las Entidades Estatales podrán escoger uno o algunos de los requisitos habilitantes – i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta –, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, esto, bajo la observancia de lo que arroje el estudio del sector. En tal sentido, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme y/o emprendimientos y empresas de mujeres.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señor

**Royer Alexander Olaya Torres**

Bogotá D.C.

 **Concepto C–344 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / DEFINICIÓN DE CRITERIOS DIFERENCIALES – Mipyme – Emprendimientos de mujeres – Estudio del sector |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230707013043  |

Estimado señor Olaya:

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 recibida el 07 de julio de 2023.

**1. Problema planteado**

De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 –Ley de emprendimiento–, los cuales fueron reglamentados por el Decreto 1860 de 2021, usted realiza la siguiente consulta: “¿Es obligatorio incluir criterios diferenciales relacionados en los indicadores financieros y organizacionales en los procesos de selección objetivo? De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior ¿Cuál es el mecanismo o metodología para hallar tales indicadores?” [sic]

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal relacionados en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, haciendo unas consideraciones sobre: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020 y ii) definición de criterios diferenciales en favor de Mipyme y emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compra pública.

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

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

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, “[l]a presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta ley, potestad que fue ejercida mediante la expedición del Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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”[[2]](#footnote-2). Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[3]](#footnote-3), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[4]](#footnote-4). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[5]](#footnote-5), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[6]](#footnote-6) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[7]](#footnote-7).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipyme al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.[[8]](#footnote-8)

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

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

 Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[9]](#footnote-9) regula criterios diferenciales para los “emprendimientos y empresas de mujeres” en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

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

 De esta manera, los “criterios diferenciales” del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los “requisitos diferenciales” como los “puntajes adicionales”– aplican a “[…] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos […]”, excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Asimismo, sin distinciones posteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las Entidades Estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

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

En este contexto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”*. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021[[10]](#footnote-10).

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

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala que “[l]as disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición”, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente[[11]](#footnote-11).

**2.2. Definición de criterios diferenciales en favor de Mipyme y emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compra pública**

En cumplimiento de los mandatos impartidos en la Ley 2069 de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, en el cual se introdujeron varias modificaciones al Decreto 1082 de 2015, con el fin de reglamentar, entre otros aspectos, los criterios diferenciales para Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres. En las consideraciones del reglamento se hizo constar lo siguiente:

“[…]

Que conforme a su exposición de motivos, la Ley de Emprendimiento "(…) propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, define la posibilidad de establecer criterios diferenciales a favor de las Mipymes en los procesos de contratación pública, amplía el ámbito de aplicación de las medidas de compras públicas a entidades que hoy están excluidas, establece la creación de un sistema de información e indicadores para evaluar la efectividad de las medidas adoptadas y define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento".

Que en desarrollo de lo anterior, el Capítulo III de la Ley 2069 de 2020, entre otras medidas, crea una serie de incentivos para las Mipyme, y los emprendimientos y empresas de mujeres interesados en celebrar contratos con el Estado, así como para el fomento en la ejecución de contratos de la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional.

[…]

Que para el debido cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, se requiere modificar el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de las normas anteriormente citadas para la efectiva aplicación de la Ley de Emprendimiento en el sistema de compras y contratación pública.

[…]”.

 De modo que, desde su motivación, el decreto reglamentario resalta la finalidad con la que fue expedida la Ley 2069 de 2020 a la que le es inherente la necesidad de fijar criterios diferenciales en favor de los proponentes que se encuentren en las especiales condiciones definidas en la misma, pues sólo de esa manera se garantiza la igualdad material[[12]](#footnote-12).

 Ahora bien, teniendo en cuenta que la consulta se refiere a la aplicación de criterios diferenciales, resulta pertinente tener en cuenta el tenor literal de las normas reglamentarias, con el fin de identificar los límites definidos en las mismas, para que dichas figuras tengan aplicación objetiva en un caso concreto. Las modificaciones introducidas por el Decreto 1860 del 2021, en relación con los criterios diferenciales para Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, se observan en los siguientes artículos del Decreto 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades tener condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.

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

3. Índices de capacidad financiera.

4. Índices de capacidad organizacional.

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

[…]

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

[…]

“Artículo 2.2.1.2.4.2.18. Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. *De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector*, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia

2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia

3. Índices de capacidad financiera

4. Índices de capacidad organizacional

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

[…]”. [Énfasis fuera de texto]

 Según lo previsto en la norma reglamentaria, la fijación de criterios diferenciales es un deber cuyo cumplimiento está sometido a los resultados del análisis del sector y a lo previsto en el artículo 590 del 2000, lo que significa que, para acatarlo, las Entidades Estatales y los particulares descritos en la norma, no sólo están supeditados por el listado de aspectos a los que pueden circunscribirse los criterios diferenciales, sino que además deben tener en cuenta la información que refleje el estudio del sector que les corresponde realizar para cada uno de sus contratos.

 Por lo tanto, la definición de criterios diferenciales en favor de las Mipyme y de los emprendimientos y empresas de mujeres domiciliados en Colombia, no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector. Sobre este último es importante traer a colación lo señalado en la “Guía para la Elaboración de Estudios del Sector” expedida por Colombia Compra Eficiente:

“La función de compras debe estar orientada a satisfacer las necesidades de la Entidad Estatal y a obtener el mayor valor por el dinero público. En consecuencia, la Entidad Estatal debe entender claramente y conocer: (a) cuál es su necesidad y cómo puede satisfacerla; (**b) cómo y quiénes pueden proveer los bienes, obras y servicios que necesita; y (c) el contexto en el cual los posibles proveedores desarrollan su actividad.**

El artículo 15 del Decreto 1510 de 2013[[13]](#footnote-13) establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de Riesgo.

El resultado del análisis debe plasmarse en los estudios y documentos previos del Proceso de Contratación.

La importancia de realizar este análisis ha sido recalcada en las recomendaciones que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) le ha formulado al Gobierno Nacional, las cuales constituyen buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en la contratación pública.

La presente guía busca ayudar a la Entidad Estatal a cumplir este mandato al ofrecer herramientas para entender el mercado del bien, obra o servicio que la Entidad Estatal pretende adquirir para diseñar el Proceso de Contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del Riesgo”.

 En esas consideraciones, es el propio análisis del sector, cuya realización le compete a la entidad contratante, el que permite identificar en un caso concreto existen Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres domiciliados en Colombia que podrían atender la necesidad que requiere satisfacerse, así como las condiciones y características de los mismos. Sin embargo, en la citada Guía, esta Agencia explica en detalle el alcance que debe tener el análisis del sector. En particular, en cuanto tiene que ver con el estudio de la oferta, esto es, con la identificación de los proveedores que existen en el mercado, dicha Guía describe de la siguiente manera aspectos mínimos a considerar para llevar a cabo tal estudio, los cuales se citan para ilustrar la utilidad práctica de la información que el mismo debe contener, en relación con la determinación de criterios diferenciales:

“B. Estudio de la oferta

1. ¿Quién vende? La Entidad Estatal *debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero.* Esta identificación permite determinar posibles Riesgos de colusión3 y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos. Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal. Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–4; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector.

2. ¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios? La Entidad al determinar los partícipes en la producción, comercialización y distribución de los bienes puede mejorar la eficiencia y la economía de las adquisiciones, disminuyendo en algunos casos el número de intermediarios. La Entidad Estatal debe conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes, obras o servicios, los costos asociados a tales procesos, cuáles son las formas de distribución y entrega de bienes o suministro del servicio. Igualmente, la Entidad Estatal debe entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a la cadena de producción o distribución o suministro del bien, obra o servicio, así como identificar cuál y cómo es el proceso del bien, obra o servicio hasta llegar al usuario final, el papel que juegan los potenciales oferentes en esa cadena y el ciclo de vida del bien, obra o servicio. Por ejemplo, el proveedor que necesita la Entidad Estatal puede ser proveedor de materias primas, fabricante, importador, ensamblador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista, intermediario, transportador, etc.

El análisis debe incluir los precios, su comportamiento histórico y las perspectivas de cambios sobre estos. Algunas variables que pueden incidir en los precios son la variación del IPC, variación de la tasa de cambio y el cambio en los precios de materias primas. La información necesaria para realizar este análisis puede encontrarse en distintas fuentes, tales como las mencionadas en el apartado anterior. Asimismo, la comunicación previa, abierta, directa y reglada con los posibles proveedores es fundamental para contextualizar el análisis del sector económico y para comprender la información financiera que ofrecen los sistemas de información. Si la información requerida no está disponible en los sistemas de información, los mismos proveedores pueden ser la fuente de estos datos. Colombia Compra Eficiente recomienda a la Entidad Estatal diseñar e implementar escenarios y procedimientos de solicitud de información a los potenciales oferentes. Esta recomendación se orienta a que la Entidad Estatal defina qué información, cuándo, por qué medio y a quién la solicitará. Esta definición debe incluir el procedimiento para hacerlo como formatos de solicitud de cotización o de información que permitan una participación uniforme del mayor número posible de interesados. Es recomendable dejar constancia de las fechas de las reuniones, los asistentes y los temas tratados con proveedores y gremios. La Entidad Estatal no tiene que buscar la información financiera de todos proponentes que ofrecen el bien, obra o servicio. Basta con un subconjunto de estos, es decir una muestra que sea representativa y permita visualizar las características del sector. Colombia Compra Eficiente sugiere analizar la logística asociada al objeto del contrato. Es decir, la coordinación y planeación de diferentes actividades para que un bien, obra o servicio llegue a un usuario final en el tiempo y de forma adecuada. Esto incluye las actividades de las áreas de compras, producción, transporte, almacenamiento, distribución y disposición final”.

 Como se aprecia en el texto citado, la información sobre los posibles oferentes existentes en un sector determinado es bastante detallada, al punto que, inclusive, como se reconoce expresamente por esta Agencia, puede servir para prevenir y evitar prácticas colusorias. A ello debe agregarse que los datos consignados en el análisis del sector no se producen por la entidad contratante, sino que se obtiene de fuentes externas, entre las que resaltan la que reportan los gremios del sector respectivo, las cámaras de comercio o inclusive, algunas entidades públicas como la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior resulta relevante porque, al tratarse de fuentes externas, los datos que reflejan no podrán determinarse por intereses particulares de los interesados en el proceso de contratación o de los servidores públicos encargados de llevar a cabo la gestión contractual en un caso determinado. Todo lo contrario, se trata de datos oficiales y ciertos sobre el comportamiento de un sector en particular y las personas que lo integran.

 Así las cosas, la información del análisis del sector se constituye en el insumo objetivo con base en el cual se deberá dar cumplimiento al deber consagrado en los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la fijación de criterios diferenciales en favor de Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres. Por ello, para fijar criterios diferenciales las Entidades Estatales no podrán abstraerse de los datos obtenidos en su análisis del sector, que se hacen constar por escrito y debe ser objeto de publicidad.

En conclusión, para la determinación de los criterios diferenciales a favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres, las Entidades Estatales podrán escoger uno o algunos de los requisitos habilitantes – i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta –, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, esto, bajo la observancia de lo que arroje el estudio del sector. En tal sentido, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme y/o emprendimientos y empresas de mujeres.

**3. Respuesta**

“¿Es obligatorio incluir criterios diferenciales relacionados en los indicadores financieros y organizacionales en los procesos de selección objetivo?

De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior ¿Cuál es el mecanismo o metodología para hallar tales indicadores?” [sic]

De conformidad con lo expuesto en este concepto sobre la Ley 2069 de 2020, la fijación de criterios diferenciales es un deber cuyo cumplimiento está sometido a los resultados del análisis del sector y a lo previsto en el artículo 590 de 2000, lo que significa que, para acatarlo, las Entidades Estatales y los particulares descritos en la norma, no sólo están sujetos al listado de aspectos a los que pueden circunscribirse los criterios diferenciales, sino que además deben tener en cuenta la información que refleje el estudio del sector que les corresponde realizar para cada uno de sus contratos.

 Por ende, la definición de los criterios diferenciales no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector. Lo anterior, en razón a que, el estudio previo se constituye en el insumo objetivo con base en el cual se deberá dar cumplimiento al deber consagrado en los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la fijación de criterios diferenciales en favor de Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres. Por ello, para fijar criterios diferenciales las Entidades Estatales no podrán abstraerse de los datos obtenidos en su análisis del sector, los cuales se hacen constar por escrito y deben ser objeto de publicidad.

 Finalmente, resulta a bien aclarar que las Entidades Estatales podrán escoger tal y como lo indica la norma, entre uno o alguno de los requisitos habilitantes para determinar los criterios diferenciales, esto, según las condiciones propias requeridas para el adecuado cumplimiento del contrato y la información arrojada del estudio del sector.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nasly Yeana Mosquera RivasAnalista T2–06 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020> [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 74 al 83. [↑](#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. Ley 2069 de 2020 “Artículo 32. Criterios Diferenciales para Emprendimientos y Empresas de mujeres en el Sistema De Compras Públicas. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

Parágrafo primero. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1860 de 2021. “Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32,34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1860 de 2021. “Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos [2.2.1.2.4.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.2)., [2.2.1.2.4.2.3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.3)., [2.2.1.2.4.2.4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.4)., [2.2.1.2.1.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.2.2) y [2.2.1.2.4.2.8](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.8).; adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.14)., [2.2.1.2.4.2.15](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.15)., [2.2.1.2.4.2.16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.16)., [2.2.1.2.4.2.17](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.17). y [2.2.1.2.4.2.18](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.18).; adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.1.2.2.9). del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

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

  La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre el derecho a la igualdad y el concepto de igualdad material, pueden verse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C 115 del 2017 y C-050 del 2021, cuyo magistrado ponente es Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Compilado hoy en el artículo 2.2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-13)