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

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

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

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

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

[…]

Se deben diferenciar, pues, dos circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a Mipyme –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra es el establecimiento de criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que «Lo previsto en esta norma […] no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto».

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia, o que deban esperar una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

**LEY 2024 DE 2020 – Plazos justos – Finalidad**

El 23 de julio de 2020, el gobierno nacional sancionó la Ley 2024, “Por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación”. En armonía con el artículo 871 del Código de Comercio, conforme con el artículo 1 de la ley en comento, la norma “[…] tiene como objeto desarrollar el principio de buena fe contractual, mediante la adopción de una serie de medidas que protejan a las personas naturales y jurídicas que sean sometidas a condiciones contractuales gravosas en relación con los procedimientos y plazos de pago y facturación de sus operaciones comerciales, incorporando la obligación de pago en plazos justos”.

Desde la concepción del proyecto de ley, el Congreso de la República observó que las empresas de gran tamaño pagaban a sus proveedores y subcontratistas –usualmente mipymes– en plazos extensos, sin justificación de ningún tipo. Dado que estos plazos se insertan en contratos de adhesión, agrega que quienes deseen contratar con las grandes empresas deben aceptar los términos contractuales redactados unilateralmente, donde se incluyen estos plazos desmesurados para pagar obligaciones ejecutadas, generando una carga gravosa para las micro, pequeñas y medianas empresas.

Por lo demás, manifiesta que las grandes empresas tienen una serie de políticas internas que conllevan a cumplir con múltiples requisitos al momento de la presentación de las facturas para el pago: “Entonces, tenemos al pequeño productor que sabe de antemano que la factura puede demorar unos cinco días en su pago, no obstante, previo a su radicación o recepción por parte de la empresa contratante, esta debe expedir certificado de recibo a conformidad, que a discrecionalidad de esta puede tardar el tiempo que a bien tenga, generando demoras aún de mayor tiempo”. En este contexto, la ley pretende frenar dichas prácticas abusivas, por lo que la buena fe es el parámetro de referencia que en materia contractual protege al contratante débil contra el mas fuerte en el marco de los contratos de adhesión.

**PLAZOS JUSTOS – Contratación estatal – Aplicación**

[…] es necesario tener en cuenta que el artículo 22 del Código de Comercio también dispone que “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”. Esta norma define la aplicación de la Ley 2024 de 2020, especialmente, cuando el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015 –adicionado por el 1733 de 2020– prescribe que “En concordancia con lo estipulado en los artículos 11 y 22 del Código de Comercio, la obligación de pago en plazos justos será aplicable respecto de las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles, aunque no sean consideradas comerciantes, y si el acto es mercantil para una de las partes”. De esta perspectiva, si el contratista realiza actos, actividades y operaciones que la ley califique como mercantiles, el contratante –con independencia de que sea del sector privado o público– estará sujeto a la obligación de pagos justos.

Mas allá de lo previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2024 de 2020, el inciso primero del artículo 11 *ibidem* dispone que “El Estado deberá ajustar sus procedimientos y políticas de facturación y pago a lo dispuesto en la presente ley”. Esta norma, incluida a partir del primer debate el Senado de la República, aplica a todas las entidades del Estado independiente de su régimen contractual, por lo que también son destinatarios de la obligación de pago en plazos justos, pues donde la disposición no distingue tampoco le es permitido al intérprete distinguir. Para estos efectos, el inciso primero del artículo 4 precisa que “En aplicación del principio de buena fe contractual contemplado en el artículo 871 del Decreto 410 de 1971 –Código de Comercio–, todos los comerciantes y personas que sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, deberán ajustar sus procedimientos y políticas de facturación y pago a lo dispuesto en la presente ley, incorporando las siguientes disposiciones mínimas, *sin que en ningún caso se exceda el plazo del que trata el artículo 3° de la presente ley* […]” (Énfasis fuera de texto). Así las cosas, regla general, los términos serán los previstos en el artículo 3 *ibidem*, salvo que exista norma especial.

Esta precisión es importante, porque el artículo 12 prescribe que, sin perjuicio de la disponibilidad del Plan Anualizado de Caja –PAC–, “En los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que celebren las entidades estatales con una micro, pequeña o mediana empresa, según la normatividad vigente, los pagos deberán realizarse en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario siguientes, a la aceptación de la factura”. Esta norma, incluida a partir del segundo debate en el Senado de la República, podría interpretase como una causal de exclusión de las entidades del régimen exceptuado del ámbito de aplicación de la ley. Sin embargo, conforme a lo explicado *ut supra*, la Agencia no comparte esta conclusión ya que las entidades excluidas, por un lado, pueden celebrar contratos que sean mercantiles para el contratista sujetándose a los plazos comentados –artículo 22 del Código de Comercio, en concordancia con el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015– y, por otro, independientemente del régimen jurídico de la entidad contratante, el Estado deberá ajustar sus procedimientos de pago a lo dispuesto en la norma en comento –inciso primero del artículos 7 y 11 de la Ley 2024 de 2020–. En consecuencia, si bien las entidades exceptuadas no están sujetas a la *lex specialis* del artículo 12 de la Ley 2024 de 2020, deben acatar el mandato de la *lex generalis* del artículo 3 *ibidem* con las circunstancias y plazos previstos en dicha disposición.

Bogotá D.C., 18 de Mayo de 2023



Señor

**Erick Cerquera Muñoz**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 129 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido – Finalidad / MIPYMES – Criterios diferenciales – Decreto 1860 de 2021 – Contenido – Distinciones / LEY 2024 DE 2020 – Plazos justos – Finalidad / PLAZOS JUSTOS – Contratación estatal – Aplicación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230403003003 |

Respetado señor Cerquera:

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 la consulta radicada el 3 de abril de 2023.

1. **Problemas planteados**

Respecto al régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, en el marco de las observaciones realizadas por el peticionario en marco del proceso de contratación RE-REQ-024-2023, usted realiza las siguientes preguntas: i) “¿Deben o no incluir factores diferenciales para la acreditación de experiencia para MIPYMES como lo establece el artículo 2.2.1.2.4.2.18. del Decreto 1860 de 2021?”, ii) “¿Tienen o no la obligación de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 2024 de 2020 que en su artículo 3 establece el de pago a plazos justos y determina a partir del 1 de Enero de 2022 la obligación general de efectuar el pago de sus obligaciones contractuales, en un término de máximo 45 días calendario improrrogables?” y iii) “¿Las ESE como entidad pública tienen la obligación de dar cumplimiento a las citadas normas o existe alguna condición especial por la cual estén exentas?”.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la interpretación 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-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adelantar alguna gestión contractual en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de las observaciones presentadas en el proceso contractual mencionado en la solicitud y al margen de la decisión que adopte la entidad pública al resolverlas– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales y de puntajes adicionales de la Ley 2069 de 2020; ii) criterios diferenciales y de puntaje adicional para Mipyme en el sistema de compra pública, introducidos por el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentados por el Decreto 1860 de 2021; y iii) alcance de la Ley 2024 de 2020 sobre plazos justos en la contratación estatal.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, en 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, C-281 del 12 de mayo de 2022, C-245 de 02 de mayo 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022, [C-347 del 09 de junio de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-347%20de%202022), [C-421 del 06 de julio de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-421%20de%202022), [C-509 del 8 de agosto de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-509%20de%202022), [C-627 del 29 de septiembre de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-627%20de%202022) y C-872 del 22 de diciembre de 2022, se pronunció sobre el contexto general de la Ley 2069 y sobre el alcance del artículo 32 de la Ley de Emprendimiento, haciendo también un análisis genérico sobre la Ley 2024 de 2020 en el Concepto C-644 del 22 de octubre de 2020[[2]](#footnote-3). En lo pertinente, algunas consideraciones realizadas en los conceptos mencionados se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

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

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”[[3]](#footnote-4). Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipyme–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) *criterios diferenciales para Mipyme* en el sistema de compras públicas, iii) *criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres* en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipyme al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma[[9]](#footnote-10).

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

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

 Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[10]](#footnote-11) regula criterios diferenciales para los “emprendimientos y empresas de mujeres” en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

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

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

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

En este contexto, el pasado 24 de diciembre, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021[[11]](#footnote-12).

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

El artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introduce criterios diferenciales para el acceso de las Mipyme al sistema de compras y contratación pública. Para estos efectos, el inciso primero dispone que “Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas”. No obstante, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que “El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con “requisitos diferenciales” y “puntajes adicionales”] que podrán implementar las Entidades Estatales» (Corchetes fuera de texto) y que “Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados”. Es decir, esta norma también dispone el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

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

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

1. Tiempo de experiencia.

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

3. Índices de capacidad financiera.

4. Índices de capacidad organizacional.

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto.

Sobre el alcance de la regulación, conforme a la matriz de observaciones del proyecto de reglamentación[[12]](#footnote-13), es preciso tener en cuenta que el inciso 1 de la norma precitada debe interpretarse en concordancia con el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020, según el cual con el fin de promover el acceso a las Mipyme al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos: "1. *Deberán* en el Análisis de Sector identificar las Mipyme que podrían potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten participación en el Proceso de Contratación" (Énfasis fuera de texto).

Dado que este mandato solo afecta los requisitos diferenciales, es posible concluir que en materia puntajes adicionales, en estricta aplicación de lo dispuesto únicamente en el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020, estos son discrecionales y solo aplican a las entidades previstas en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, sin posibilidad de extenderlo a las demás. En esta medida, los criterios habilitantes diferenciales son de inclusión obligatoria para todas las entidades, aspecto que se plasmó en desarrollo del artículo 31 de la Ley Emprendimiento en concordancia con el numeral 1 del artículo 33 *ibidem*. Lo anterior, teniendo cuenta que las diferencias entre los artículos 31 y 33 resuelven a favor de este último, en la medida que –conforme al numeral 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887– “Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en mismo Código, preferirá la disposición consignada en articulo posterior […]”.

Por lo demás, deben diferenciarse dos (2) circunstancias: i) una es la limitación de una convocatoria a Mipyme –regulada en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. al 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificados por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– y ii) otra es el establecimiento de criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas –regido por el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–. Tanto es así que el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18. establece que “Lo previsto en esta norma […] no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto”.

Pero lo anterior no significa que las entidades estatales no deban aplicar los criterios diferenciales para promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia, o que deban esperar una reglamentación de los requisitos, pues el artículo 2.2.1.2.4.2.18. no supedita su eficacia a un desarrollo reglamentario posterior y además se remite expresamente a las normas que deben tenerse en cuenta. Por tanto, estos criterios diferenciales han de establecerse, de conformidad con mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.18., el artículo 12, numeral 1, de la Ley 590 de 2000 y el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya[[13]](#footnote-14).

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

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

**2.3. Alcance de la** **Ley 2024 de 2020 sobre plazos justos en la contratación estatal**

El 23 de julio de 2020, el gobierno nacional sancionó la Ley 2024, “Por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación”. En armonía con el artículo 871 del Código de Comercio, conforme con el artículo 1 de la ley en comento, la norma “[…] tiene como objeto desarrollar el principio de buena fe contractual, mediante la adopción de una serie de medidas que protejan a las personas naturales y jurídicas que sean sometidas a condiciones contractuales gravosas en relación con los procedimientos y plazos de pago y facturación de sus operaciones comerciales, incorporando la obligación de pago en plazos justos”.

 Desde la concepción del proyecto de ley, el Congreso de la República observó que las empresas de gran tamaño pagaban a sus proveedores y subcontratistas –usualmente mipymes– en plazos extensos, sin justificación de ningún tipo. Dado que estos plazos se insertan en contratos de adhesión, agrega que quienes deseen contratar con las grandes empresas deben aceptar los términos contractuales redactados unilateralmente, donde se incluyen estos plazos desmesurados para pagar obligaciones ejecutadas, generando una carga gravosa para las micro, pequeñas y medianas empresas[[14]](#footnote-15).

Por lo demás, manifiesta que las grandes empresas tienen una serie de políticas internas que conllevan a cumplir con múltiples requisitos al momento de la presentación de las facturas para el pago: “Entonces, tenemos al pequeño productor que sabe de antemano que la factura puede demorar unos cinco días en su pago, no obstante, previo a su radicación o recepción por parte de la empresa contratante, esta debe expedir certificado de recibo a conformidad, que a discrecionalidad de esta puede tardar el tiempo que a bien tenga, generando demoras aún de mayor tiempo”[[15]](#footnote-16). En este contexto, la ley pretende frenar dichas prácticas abusivas, por lo que la buena fe es el parámetro de referencia que en materia contractual protege al contratante débil contra el mas fuerte en el marco de los contratos de adhesión[[16]](#footnote-17).

Por ello, el artículo 2 de la Ley 2024 de 2020 regula el ámbito de aplicación al disponer que regirá en “[…] todos los pagos causados como contraprestación en los actos mercantiles, ya sean efectuados por comerciantes o por personas que sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), así como las realizadas entre los contratistas principales, sus proveedores y subcontratistas”. También regula las exclusiones correspondientes respecto a i) los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores, y que estén sujetas a las normas de protección del consumidor; ii) los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras, así como el contrato de mutuo y otros contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato respectivo y iii) las deudas sometidas a procedimientos concursales o de reestructuración empresarial, que se regirán por lo establecido en su legislación especial. Estos criterios de aplicación y de exclusión están desarrollados en el Decreto 1733 del 22 de diciembre de 2020, el cual adicionó el artículo 2.2.2.57.1.1 al Decreto 1074 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

Respecto a la obligación de plazos justos, el artículo 3 de la Ley 2024 de 2020 prescribe que “En aplicación del principio de buena fe contractual contemplado en el artículo 871 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) se adopta como deber de todos los comerciantes y de quienes sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, la obligación general de efectuar el pago de sus obligaciones contractuales, en un término que se pactará para el primer año de entrada en vigencia de la presente ley de máximo 60 días calendario y a partir del segundo año, máximo 45 días calendario improrrogables a partir de entrada en vigencia de la ley, calculados a partir de la fecha de recepción de las mercancías o terminación de la prestación de los servicios”. Además, precisa los siguiente:

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de esta disposición las operaciones mercantiles realizadas entre sociedades consideradas como grandes empresas.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tránsito de legislación. El plazo previsto en el presente artículo tendrá la siguiente aplicación gradual:

1. A partir de la entrada en vigencia de esta ley, el plazo para el pago de obligaciones, en los términos del artículo, será de máximo sesenta (60) días calendario durante el primer año.

2. A partir del segundo año de la entrada en vigencia de la ley, el plazo máximo será de cuarenta y cinco (45) días calendario.

En cuanto a las operaciones mercantiles que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plazo máximo y definitivo para el pago de obligaciones será de sesenta (60) días calendario. Dicho plazo comenzará a regir desde el inicio del tercer año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Esta norma limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en la medida que impone plazos máximos para los pagos. Por regla general, las obligaciones tienen carácter puro y simple, es decir, son efectivas de manera inmediata; no obstante, también pueden estar sujetas a plazos de ejecución. El inciso primero del artículo 1551 del Código Civil define el plazo como “[…] la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo”. Una de las funciones del plazo consiste en suspender la exigibilidad de las obligaciones, por lo que una vez vencido el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de las prestaciones. En esta medida, “Cuando hay plazo suspensivo pendiente, el derecho respectivo ya ha nacido, tiene existencia real y útil. Lo que falta es solo la llegada del instante en que ese derecho puede ejercitarse, y consecuentemente, obligar al deudor”[[17]](#footnote-18).

Aunque las partes son libres para determinar el plazo de cumplimiento de las obligaciones, la Ley 2024 de 2020 establece restricciones para evitar el abuso de esta facultad, especialmente, en los contratos de adhesión. Para la Corte Constitucional, esta medida es exequible ya que el Estado puede limitar las libertades económicas para perseguir fines legítimos como evitar el abuso de la posición dominante, proteger el interés colectivo o garantizar la función social de la empresa[[18]](#footnote-19). Por ello, el artículo 7 *ibidem* establece el carácter imperativo de dichos términos, constituyéndose en un límite a la autonomía contractual, pues –conforme al artículo 16 del Código Civil– “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”[[19]](#footnote-20).

En armonía con el artículo 2 de la Ley 2024 de 2020, el artículo 3 *ibidem* dispone que los plazos justos aplican a “todos los comerciantes” y a “quienes sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles”. Ambas categorías se delimitan a través de los artículos 10 y 11 Código de Comercio. Por un lado, “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”, sin perjuicio de que “La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”. Por otra parte, “Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones”.

El artículo 20 del Código de Comercio regula los actos, actividades y operaciones que para todos los efectos legales se consideran mercantiles, y que pueden realizarse profesional u ocasionalmente en los términos del párrafo precedente[[20]](#footnote-21). Por su parte, el artículo 21 dispone que “Se tendrán […] como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”. No obstante, el artículo 23.1 *ibidem* dispone que “Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público” no tienen tal calidad. Para la doctrina, esta exclusión como acto de comercio obedece a que la única finalidad es dotar las dependencias del Estado de los elementos necesarios para su normal funcionamiento, así que no existe un móvil económico de interposición[[21]](#footnote-22).

Aunque este razonamiento podría poner en duda la sujeción de los contratos estatales a las normas sobre plazos justos, es necesario tener en cuenta que el artículo 22 del Código de Comercio también dispone que “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”[[22]](#footnote-23). Esta norma define la aplicación de la Ley 2024 de 2020, especialmente, cuando el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015 –adicionado por el 1733 de 2020– prescribe que “En concordancia con lo estipulado en los artículos 11 y 22 del Código de Comercio, la obligación de pago en plazos justos será aplicable respecto de las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles, aunque no sean consideradas comerciantes, y si el acto es mercantil para una de las partes”. De esta perspectiva, si el contratista realiza actos, actividades y operaciones que la ley califique como mercantiles, el contratante –con independencia de que sea del sector privado o público– estará sujeto a la obligación de pagos justos.

Mas allá de lo previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2024 de 2020, el inciso primero del artículo 11 *ibidem* dispone que “El Estado deberá ajustar sus procedimientos y políticas de facturación y pago a lo dispuesto en la presente ley”. Esta norma, incluida a partir del primer debate el Senado de la República[[23]](#footnote-24), aplica a todas las entidades del Estado independiente de su régimen contractual, por lo que también son destinatarios de la obligación de pago en plazos justos, pues donde la disposición no distingue tampoco le es permitido al intérprete distinguir. Para estos efectos, el inciso primero del artículo 4 precisa que “En aplicación del principio de buena fe contractual contemplado en el artículo 871 del Decreto 410 de 1971 –Código de Comercio–, todos los comerciantes y personas que sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, deberán ajustar sus procedimientos y políticas de facturación y pago a lo dispuesto en la presente ley, incorporando las siguientes disposiciones mínimas, *sin que en ningún caso se exceda el plazo del que trata el artículo 3° de la presente ley* […]” (Énfasis fuera de texto). Así las cosas, regla general, los términos serán los previstos en el artículo 3 *ibidem*, salvo que exista norma especial.

Esta precisión es importante, porque el artículo 12 prescribe que, sin perjuicio de la disponibilidad del Plan Anualizado de Caja –PAC–, “En los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que celebren las entidades estatales con una micro, pequeña o mediana empresa, según la normatividad vigente, los pagos deberán realizarse en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario siguientes, a la aceptación de la factura”. Esta norma, incluida a partir del segundo debate en el Senado de la República[[24]](#footnote-25), podría interpretase como una causal de exclusión de las entidades del régimen exceptuado del ámbito de aplicación de la ley. Sin embargo, conforme a lo explicado *ut supra*, la Agencia no comparte esta conclusión ya que las entidades excluidas, por un lado, pueden celebrar contratos que sean mercantiles para el contratista sujetándose a los plazos comentados –artículo 22 del Código de Comercio, en concordancia con el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015– y, por otro, independientemente del régimen jurídico de la entidad contratante, el Estado deberá ajustar sus procedimientos de pago a lo dispuesto en la norma en comento –inciso primero del artículos 7 y 11 de la Ley 2024 de 2020–.

En consecuencia, si bien las entidades exceptuadas no están sujetas a la *lex specialis* del artículo 12 de la Ley 2024 de 2020, deben acatar el mandato de la *lex generalis* del artículo 3 *ibidem* con las circunstancias y plazos previstos en dicha disposición. Esto conforme al inciso primero de los artículos 7 y 11 de la Ley 2024 de 2020 y el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015. Aunque el parágrafo transitorio regula un plazo máximo de 60 días calendario en el primer año de vigencia que se reduce a un término máximo de 45 días calendario en el segundo, es necesario tener en cuenta que “En cuanto a las operaciones mercantiles que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plazo máximo y definitivo para el pago de obligaciones será de sesenta (60) días calendario. Dicho plazo comenzará a regir desde el inicio del tercer año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley” [[25]](#footnote-26). Por lo demás, el artículo 2.2.2.57.1.2 del Decreto 1074 de 2015 –adicionado por el Decreto 1733 de 2020– también dispone que “En los términos del numeral 4 del artículo 4 de la Ley 2024 de 2020, cuando el adquirente reciba por medios electrónicos la factura de venta y no se encuentre excluido del ámbito de aplicación, las obligaciones deben pagarse dentro de los siguientes plazos: […] 60 días calendario a partir de la recepción de la factura en las operaciones comerciales que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir del 1° de enero de 2023”.

**3. Respuestas**

Respecto al régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, en el marco de las observaciones realizadas por el peticionario en marco del proceso de contratación RE-REQ-024-2023, usted realiza las siguientes preguntas:

i) “¿Deben o no incluir factores diferenciales para la acreditación de experiencia para MIPYMES como lo establece el artículo 2.2.1.2.4.2.18. del Decreto 1860 de 2021?”.

ii) “¿Tienen o no la obligación de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 2024 de 2020 que en su artículo 3 establece el de pago a plazos justos y determina a partir del 1 de Enero de 2022 la obligación general de efectuar el pago de sus obligaciones contractuales, en un término de máximo 45 días calendario improrrogables?”.

iii) “¿Las ESE como entidad pública tienen la obligación de dar cumplimiento a las citadas normas o existe alguna condición especial por la cual estén exentas?”.

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, haciendo abstracción de las observaciones presentadas en el proceso contractual mencionado en la solicitud y al margen de la decisión que adopte la entidad pública al resolverlas, el inciso primero artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2020– dispone en lo pertinente que “[…] *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* […]” (Énfasis fuera de texto). Como se explicó en el concepto, esta regulación es resultado de armonizar el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 con el artículo 33.1 *ibidem*, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 57 de 1887. De esta manera, 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: 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.

 Por otra parte, si bien las entidades exceptuadas no están sujetas a la *lex specialis* del artículo 12 de la Ley 2024 de 2020, deben acatar el mandato de la *lex generalis* del artículo 3 *ibidem* con las circunstancias y plazos previstos en dicha disposición. Esto conforme al inciso primero de los artículos 7 y 11 de la Ley 2024 de 2020 y el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.57.1.1 del Decreto 1074 de 2015. Aunque el parágrafo transitorio regula un plazo máximo de 60 días calendario en el primer año de vigencia que se reduce a un término máximo de 45 días calendario en el segundo, es necesario tener en cuenta que “En cuanto a las operaciones mercantiles que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plazo máximo y definitivo para el pago de obligaciones será de sesenta (60) días calendario. Dicho plazo comenzará a regir desde el inicio del tercer año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley”. Por lo demás, el artículo 2.2.2.57.1.2 del Decreto 1074 de 2015 –adicionado por el Decreto 1733 de 2020– también dispone que “En los términos del numeral 4 del artículo 4 de la Ley 2024 de 2020, cuando el adquirente reciba por medios electrónicos la factura de venta y no se encuentre excluido del ámbito de aplicación, las obligaciones deben pagarse dentro de los siguientes plazos: […] 60 días calendario a partir de la recepción de la factura en las operaciones comerciales que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir del 1° de enero de 2023”.

Dentro de este marco general, corresponderá a la entidad contratante definir lo relacionado con las observaciones presentadas al proceso de selección. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adelantar alguna gestión contractual en específico.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Juan David Cárdenas Cabeza Contratista de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel Mendoza MContratista 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-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. Cfr. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/INFORME%20DE%20OBSERVACIONES%20Y%20RESPUESTAS%20021121%20-%20REGLAMENTACION%20LEY%202069.pdf>, consultado el 12 de abril de 2023. [↑](#footnote-ref-13)
13. El artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015 establece: “Rangos para la Definición del Tamaño Empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

1. Para el sector manufacturero:

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

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

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

2. Para el sector servicios:

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

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

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

3. Para el sector de comercio:

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 4. EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en conjunto con el Departamento Nacional de Estadística -DANE-, a la fecha de la entrada en vigencia del presente Capitulo establecerá, mediante acto administrativo, el anexo técnico de correspondencia de los tres sectores, manufactura, comercio y servicios con la Clasificación de las Actividades Económicas - CllU Revisión 4”. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVII, No. 778, del 2 de octubre de 2018. p. 3. [↑](#footnote-ref-15)
15. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVIII, No. 1158, del 27 de diciembre de 2018. p. 74. [↑](#footnote-ref-16)
16. Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. La buena fe en los contratos. Madrid: Reus, 2011. p. 68. De esta manera, la doctrina también comenta que “[…] en los últimos años estamos asistiendo a un cambio en la manera de abordar el derecho comercial, pues las normas de diferentes ordenamientos jurídicos están demostrando un interés más creciente por proteger jurídicamente a las micro, pequeñas y medianas empresas debido a cuestiones económicas, como por ejemplo su impacto dentro de los niveles de producción de muchos países, pero también por su posible debilidad frente a grandes empresas que, en ocasiones, pueden llegar a imponer condiciones desfavorables a esas MiPyMes quienes no logran oponerse” (Cfr. CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. La ley colombiana de pago en plazos justos y el contexto de su expedición. En: Revista E-Mercatoria. Volumen 21, num. 2. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, junio – diciembre 2022. p. 3. Consultado en la página web <https://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN21/02.html>, el 13 de abril de 2023). [↑](#footnote-ref-17)
17. FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil: de las obligaciones. Tomo IV. Volumen I. Santiago de Chile: Roberts y Cía. Ltda., 1958. p. 152. [↑](#footnote-ref-18)
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera. [↑](#footnote-ref-19)
19. Ley 2024 de 2020, “Artículo 7. Las disposiciones contenidas en la presente ley tendrán carácter de normas imperativas, y, por lo tanto, no podrán ser modificadas por mutuo acuerdo entre las partes, y cualquier disposición contractual que le modifique o le contraríe, se entenderá como ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

Asimismo, la doctrina explica que “[…] Toda ley de orden público es imperativa –lo que no se discute–; pero además, para ser imperativa toda ley debe necesariamente responder a un interés general u orden público (este último es la causa y la imperatividad el efecto). En consecuencia, leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos que jurídicamente significan lo mismo, por lo que de ningún modo se puede admitir que sean diferentes y existan entre ellas una relación de género y especie […]” (Cfr. DE LA FUENTE, Horacio. El orden público. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 35). [↑](#footnote-ref-20)
20. Código de Comercio. “Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;

3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;

4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda\*, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;

5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;

6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;

7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;

9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;

10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y

19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”. [↑](#footnote-ref-21)
21. NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al derecho mercantil. Décima edición. Bogotá: Legis, 2008. p. 132. [↑](#footnote-ref-22)
22. La doctrina explica el alcance de esta norma en los siguientes términos: “En las relaciones jurídicas bilaterales, existiendo dicotomía en el derecho privado y ciertos contratos con regulación paralela, suele suceder que el acto es mercantil para una de las partes, ya sea porque se encuentra enumerado como tal (art. 20, nums. 1-18), por estar previsto por la ley mercantil (art. 20, num. 19) o por accesoriedad (art. 21), pero no lo es para la otra, teniendo en cuenta que el Código de Comercio de Colombia les preserva el carácter civil a ciertos actos (art. 23), los cuales pueden ampliarse por analogía (art. 24). Ejemplos cotidianos de la situación que se comenta lo constituyen las compras de víveres que hace una persona en un supermercado para el consumo de su familia y la compra que hace otra persona a un concesionario de un vehículo para uso personal. Se observa que en ambos supuestos para el vendedor el negocio es mercantil, pues han comprado los bienes para la reventa (art. 20, num. 1), pero para los compradores el acto será civil (C. de Co., art. 23, num. 1).

Como ya mencionamos, estos casos se presentan en particular en los contratos que tienen regulación tanto en el derecho civil como en el mercantil, puesto que aquellos que son exclusivamente comerciales (como la agencia comercial, el seguro y el crédito documentario) o típicamente civiles (como el comodato, la cesión de herencia o la donación) no generan la dualidad que presupone el acto unilateral o mixto. En estos actos se produce un conflicto entre el derecho civil y el derecho mercantil que se ha resuelto aplicando este último a la integridad del acto; la sustantividad del ordenamiento mercantil como derecho especial de una clase de actos, los actos de comercio, solo se salva sometiendo los actos mixtos al Código de Comercio y a las leyes mercantiles.

Sin embargo, el acto jurídico es uno solo (de compraventa, arrendamiento, mutuo, promesa, etc.), por lo cual requiere la aplicación de un régimen único y no una combinación de regímenes, civil para una parte y comercial para la otra, por las dificultades técnicas y contradicciones que ello puede generar cuando los dos ordenamientos prevén soluciones diversas y aún contradictorias. El acto mixto es, entonces, como una sola moneda en la que se pueden identificar sus dos caras” (CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Segunda edición, Bogotá: Temis – Universidad de los Andes, 2016. p. 88). [↑](#footnote-ref-23)
23. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVIII, No. 1153, del 29 de noviembre de 2019. p. 18. [↑](#footnote-ref-24)
24. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXIX, No. 304, del 9 de junio de 2020. p. 20. [↑](#footnote-ref-25)
25. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 2024 de 2020, “La presente ley rige a partir del 1° de enero de 2021 y deroga las normas que le sean contrarias”. [↑](#footnote-ref-26)