

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16 DEL DECRETO 1860 DE 2021 – Propósito – sujetos de especial protección constitucional

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que “[...] en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual”

INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales por sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional

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

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

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios de



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Bogotá D.C., 16 Febrero 2024



Señor

Iván Felipe Acevedo

ivanfacevedo@hotmail.com

Ciudad

Concepto C- 002 de 2024

Temas: DECRETO 1860 DE 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.16 – Propósito – sujetos de especial protección constitucional / INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales por sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional

Radicación: Respuesta a consulta P20240103000070

Estimado señor Acevedo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de enero de 2024.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente solicitud:

“Las preguntas a realizar son con relación al artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015 referente al *“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", es menester consultar para efectos de su correcta aplicación:

-¿Dicho fomento se debe verificar desde la etapa de evaluación de las propuestas, para lo cual las condiciones de su cumplimiento deben establecerse en los documentos precontractuales del proceso o la obligación se incorpora directamente como obligación en la minuta contractual o equivalente?

-En línea con la anterior pregunta, en caso que deba verificarse desde la etapa de evaluación, ¿este fomento se traduciría en un requisito habilitante o como un criterio de ponderación comparativo con el resto de las ofertas?

-Para colocar el caso de una consultoría en la que, por ejemplo, se requiere para su desarrollo la vinculación de cinco profesionales, ¿cómo se satisface el porcentaje exigido por la norma de establecer un porcentaje que "no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato"?, pues a mi entender, en el ejemplo propuesto cada perfil a vincular correspondería a un 20%, por lo que se excedería el límite establecido por la norma. ¿Es inviable para este tipo de casos la aplicación de este fomento?

-Teniendo en cuenta el poco desarrollo que el Gobierno realizó frente a este precepto normativo, agradezco encarecidamente se aclare qué parámetros debe tener en cuenta la Entidad Estatal en su análisis a la hora de determinar la oportunidad y conveniencia de incorporar este criterio en determinado proceso de selección, y mejor aún, por favor informar si existe algún manual, guía o similar expedido por Colombia Compra Eficiente en el que trate este tema.

-Dado que la información relativa a los grupos poblacionales que la norma pretende beneficiar con esta implementación suele ser reservada, las entidades a la hora de realizar este análisis se ven bastante limitadas por la falta de datos que se pueden recolectar a través la web, por tanto, también se agradece si es posible señalar cuáles son las bases de datos en las que la entidad puede consultar información a este respecto.

-A manera de ejemplificar la forma de adoptar este fomento, ¿es posible dentro de sus facultades que nos identifiquen algunos procesos de contratación adelantado por una entidad estatal en el que se haya realizado el análisis de oportunidad y conveniencia del que habla la norma?, a pesar de haber buscado ampliamente por medio del SECOP



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

procesos de contratación en los que se realizara este análisis, la realidad es que son irrisorias las entidades que tocan este tópico en sus estudios del sector o previos, y las que lo hacen considero que no abarcan de manera adecuada el querer de la norma, incluso grandes capitales o entes del orden nacional". (SIC)

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 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 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

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 5° 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 8° 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”



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Impacto de la Ley 2069 de 2020 en la contratación estatal; ii) Regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y la reglamentación del inciso cuarto en el Decreto 1860 de 2021; y iii) Fomento en la ejecución de los contratos estatales de la provisión de bienes y servicios por sujetos de especial protección constitucional.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-293 del 12 de abril de 2022, C-317 del 16 de mayo de 2022, C-343 del 31 de mayo de 2022, C-513 del 11 de agosto de 2022 y C-392 del 19 de septiembre de 2023, estudio la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015 adicionado por el Decreto 1860 de 2021, entre otros². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

2.1. Impacto de la Ley 2069 de 2020 en la contratación estatal

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 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. Esta ley busca generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y 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 competitividad³. De esta manera, la ley en comento

² Los conceptos expedidos por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública pueden ser consultados en plataforma de relatoría a la cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, “La presente Ley 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.

“Dicho marco delinearé un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”.



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

también concreta la “Política de formalización empresarial” del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019⁴.

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 iniciativas⁵.

Así las cosas, los artículos 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Ley 2069 de 2020 crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, “[...] 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”⁶. Entre estas disposiciones, resulta relevante destacar el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 –que modificó el

⁴ Esta política se justifica en la medida que: “Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales” (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: “Política de formalización empresarial”. Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).

⁵ 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.

⁶ *Ibidem*. p. 18.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

artículo 12 de la Ley 1150 de 2007– y su reglamentación realizada mediante el Decreto 1860 de 2021, en lo relacionado con el fomento en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por sujetos de especial protección constitucional.

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

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007⁷, prescribiendo lo que se indica a continuación:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los

⁷ En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: “Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

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

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

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

De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

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

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

Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

particulares que administren recursos públicos efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

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

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

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

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

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

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

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos



armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

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

“La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga”⁸.

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

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que “[...] en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional *en las condiciones*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual” (Énfasis fuera de texto). Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, prescribe lo siguiente:

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 1. Para los efectos previstos en el presente artículo, *los sujetos de especial protección constitucional* son aquellas personas que debido a su particular condición física, psicológica o social merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, las víctimas del conflicto armado interno, las mujeres cabeza de familia, los adultos



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

mayores, las personas en condición de discapacidad, así como la población de las comunidades indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

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

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

Como se aprecia, en primer lugar, la nueva norma está dirigida a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos. En segundo lugar, dispone que en los pliegos de condiciones o documento equivalente deben implementarse mecanismos para que durante la ejecución del contrato estatal participen los *sujetos de especial protección constitucional* en la provisión de los bienes o servicios. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo, en la medida que dicha provisión no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato.

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



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

“[...] además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al decreto la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. *Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento*”⁹. (Énfasis fuera de texto)

Con la salvedad prevista en el párrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015 para los procesos regidos por documentos tipo, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios de *oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato*, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional. Esto en la medida que corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

En efecto, el ejercicio de potestades discrecionales comporta valoraciones de conveniencia, ya que la norma no predetermina el contenido de la decisión, sino que la deja a la libre consideración del órgano competente. En otras palabras, queda a la Administración la facultad de valorar la oportunidad de actuar o dejar de hacerlo. Esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la

⁹ DNP, Memoria Justificativa del proyecto de decreto de 24/09/2021, publicada en página web: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/SEGUNDA%20PUBLICACION%20DE%20MEMORIA%20JUSTIFICATIVA%2024_09_2021.pdf.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

conveniencia o no de la acción administrativa no correspondería a ejercicio de una potestad reglada¹⁰. De esta manera, la doctrina explica que:

“[...] la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, *bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia*, bien para optar entre una u otra soluciones posibles cuando la tarea de gobernar o de administrar impone tomar una decisión”¹¹. (Énfasis fuera de texto)

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* y la *conveniencia* se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría Acuerdos Comerciales vigentes ni pone en riesgo la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato. En este caso, por ejemplo, si un contrato de obra pública requiere diez (200) albañiles, mínimo 10 o máximo 20 deberán ser sujetos de especial protección constitucional. Por el contrario, si estima que el incentivo no cumple los criterios anteriormente expuestos por las razones que se expresen en los documentos del proceso, no aplicará la regla de fomento del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015.

2.3. Fomento en la ejecución de los contratos estatales de la provisión de bienes y servicios por sujetos de especial protección constitucional

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece en su inciso cuarto el fomento en la ejecución de los contratos

¹⁰ En efecto, “En el caso de la determinación *precisa* del interés público, la Administración no tiene potestad alguna de valoración de éste en orden a la oportunidad de actuar o no, por lo que su actividad se llama *reglada*. En cambio, en el caso de determinación *imprecisa*, a la Administración le queda de cualquier modo, la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no, potestad que es más o menos amplia según los casos [...]. Tal potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa se llama potestad *discrecional* o *discrecionalidad* [...]” [ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch, 1970. p. 118. Énfasis dentro del texto]

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994. p.

estatales de la provisión de bienes y servicios por parte de determinados grupos poblacionales y por parte de sujetos de especial protección constitucional. En este sentido, el artículo establece:

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

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales 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 todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.”. [...]
(Destacado fuera del original)

Teniendo en cuenta la pregunta del peticionario, conviene destacar que la norma de orden legal, que fundamentó la expedición del Decreto 1860 de 2021 hace referencia a que el fomento en la ejecución de los contratos estatales de la provisión de bienes y servicios por parte de ciertos grupos poblacionales y de sujetos de especial protección constitucional se realizará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con las condiciones que señale el reglamento.

En armonía con lo anterior, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, consagra el deber de las entidades estatales de incorporar las obligaciones para el cumplimiento del objeto contractual tendientes a la provisión de bienes y servicios por parte de



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, en los pliegos de condiciones o documento equivalente, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los acuerdos comerciales vigentes¹². Esto aplica a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos¹³.

Como se evidencia, este artículo busca que las entidades estatales incluyan en los pliegos de condiciones o documento equivalente, disposiciones que garanticen que los bienes y servicios requeridos por el contratista para la ejecución del objeto contractual, sean proveídos por sujetos de especial protección

¹² Memoria justificativa de la Resolución 275 de 2022 expedida por Colombia Compra Eficiente.

¹³ Decreto 1082 de 2015 –de acuerdo con la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021– : “Artículo 2.2.1.2.4.2.16. Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional. En los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos fomentarán **en los pliegos de condiciones o documento equivalente** que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

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

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

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

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

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

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

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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

constitucional. Para estos efectos, la norma precisa que la participación de los sujetos mencionados se fomentará previo análisis de oportunidad y conveniencia en los documentos del proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones. Este parámetro asegura que el mecanismo implementado no atente contra el cabal cumplimiento del contrato, de tal manera que el acatamiento de lo dispuesto no devenga en el incumplimiento del contrato ni la desmejora de la calidad requerida¹⁴.

El parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16 define algunos de los sujetos de especial protección constitucional, señalando que su acreditación se realizará en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo indicado en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que determine el pliego de condiciones o documento equivalente¹⁵.

En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, "Su acreditación se realizará en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario".

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: "i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibidem*



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación".

En todo caso, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. dispone que si no existe una condición especial para demostrar las circunstancias que hacen a las personas sujetos de especial protección constitucional "se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente". Esto significa que si bien, en principio, existiría libertad probatoria, las entidades estatales podrían definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones. Al configurar estos requisitos, las entidades públicas deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, de manera que no impongan requisitos probatorios irrazonables.

Por otra parte, el Decreto 1860 de 2021 no define fuentes de información específicas que las entidades públicas puedan consultar para "identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional". Este es un aspecto que debe analizar cada entidad pública en el estudio del sector económico. Así se desprende del artículo 2.2.1.2.4.2.16., cuyo segundo inciso dispone que "La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones". Como lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, las entidades estatales están habilitadas para consultar "cualquier [...] sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado"¹⁶.

Adicionalmente, el inciso quinto del artículo 2.2.1.2.4.2.16. establece que "El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas *vinculadas* al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente" (énfasis fuera de texto). La norma no exige que la vinculación sea, necesariamente, laboral, pues de acuerdo

¹⁶ En:

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

VERSIÓN: 02

CÓDIGO: **CCE-REC-FM-17**

FECHA: 31 DE AGOSTO 2023

PÁGINA **18** DE **26**

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

con el primer inciso del artículo en comento, lo importante es “que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes”. El concepto de “provisión de bienes o servicios” es amplio, pues enmarca las actividades que se desarrollan en el mercado, para vender, suministrar o prestar bienes o servicios¹⁷. Esto significa que se puede ser proveedor de bienes o servicios, en calidad de trabajador o como contratista independiente. El supervisor o interventor, según el caso, debe constatar, entonces, durante la ejecución del contrato, que la provisión de los bienes o servicios, en el porcentaje indicado por la entidad estatal, se realice por parte de los sujetos de especial protección constitucional, independientemente de la naturaleza del contrato suscrito entre ellos y el contratista.

Con todo, la provisión de los bienes o servicios se debe realizar directamente por la población en pobreza extrema, los desplazados por la violencia, las personas en proceso de reintegración o reincorporación y los sujetos de especial protección constitucional. Por tanto, esta Agencia no considera procedente interpretar que se satisface la exigencia del porcentaje de provisión de bienes o servicios, por contratar con un particular que, a su vez, adquirirá los bienes o servicios de parte de los grupos poblacionales enunciados en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. En armonía con el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el espíritu de la norma es promover el desarrollo para las personas que necesiten estas acciones de fomento por parte del Estado; finalidad que se desnaturalizaría si se entendiera que esto puede ser fuente de ganancia económica para sujetos que no caben en los grupos poblacionales beneficiados con esta medida, encareciendo con la intermediación el coste de los bienes o servicios requeridos para cumplir con el objeto contractual.

3. Respuestas

“-¿Dicho fomento se debe verificar desde la etapa de evaluación de las propuestas, para lo cual las condiciones de su cumplimiento deben establecerse en los documentos precontractuales del proceso o la obligación se incorpora directamente como obligación en la minuta contractual o equivalente?”

¹⁷ La RAE define el verbo “proveer”, entre otras acepciones, como “Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”. En: <https://dle.rae.es/proveer?m=form>



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

-En línea con la anterior pregunta, en caso que deba verificarse desde la etapa de evaluación, ¿este fomento se traduciría en un requisito habilitante o como un criterio de ponderación comparativo con el resto de las ofertas?"

El artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, consagra el deber de las entidades estatales de incorporar las obligaciones para el cumplimiento del objeto contractual tendientes a la provisión de bienes y servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, en los pliegos de condiciones o documento equivalente, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los acuerdos comerciales vigentes¹⁸. Esto aplica a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos.

Como se evidencia, este artículo busca que las entidades estatales incluyan en los *pliegos de condiciones o documento equivalente*, disposiciones que garanticen que los bienes y servicios requeridos por el contratista para la ejecución del objeto contractual, sean proveídos por sujetos de especial protección constitucional. Para estos efectos, la norma precisa que la participación de los sujetos mencionados se fomentará previo análisis de oportunidad y conveniencia en los documentos del proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones. Este parámetro asegura que el mecanismo implementado no atente contra el cabal cumplimiento del contrato, de tal manera que el acatamiento de lo dispuesto no devenga en el incumplimiento del contrato ni la desmejora de la calidad requerida¹⁹.

Por último, se considera importante mencionar, que la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015 no funge como un criterio de evaluación, así como tampoco como un criterio habilitante toda vez que este parámetro se debe incorporar como una obligación contractual. La forma de incorporar la obligación contractual desde el pliego de condiciones es teniendo en cuenta que los estudios previos y la minuta del contrato son parte de los pliegos de condiciones de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de

¹⁸ Memoria justificativa de la Resolución 275 de 2022 expedida por Colombia Compra Eficiente.

¹⁹ *Ibidem*



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

2015²⁰, ya que de acuerdo con lo señalado por el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015 el fomento en la ejecución de los contratos estatales de la provisión de bienes y servicios por parte de ciertos grupos poblacionales y de sujetos de especial protección constitucional se realizará *en los pliegos de condiciones*, de acuerdo con el "análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones".

"Para colocar el caso de una consultoría en la que, por ejemplo, se requiere para su desarrollo la vinculación de cinco profesionales, ¿cómo se satisface el porcentaje exigido por la norma de establecer un porcentaje que "no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato"?, pues a mi entender, en el ejemplo propuesto cada perfil a vincular correspondería a un 20%, por lo que se excedería el límite establecido por la norma. ¿Es inviable para este tipo de casos la aplicación de este fomento?"

La norma establece unos límites dentro de los cuales la entidad estatal fijará en el pliego de condiciones o documento equivalente un porcentaje que debe cumplir el contratista para garantizar la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados. En tal sentido, se establece un porcentaje que "no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado". Es decir, que la entidad determinará el porcentaje respectivo siempre que no supere los límites establecidos. Además, la

²⁰ ²⁰ Conforme al artículo artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 "**Pliegos de condiciones**. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información: 1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo. 2. La modalidad del proceso de selección y su justificación. 3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. 4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. 5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato. 6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta. 7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar. 8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes. 9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones. 10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial. 11. Los términos, condiciones y minuta del contrato. 12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. 13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas. 14. El Cronograma. **ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones.** Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos."



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

entidad incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

Sin embargo, debe precisarse que la participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato y la incorporación de esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones se realizará previo análisis de oportunidad y conveniencia en los documentos del proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones. Así las cosas, en los procesos de contratación la entidad deberá determinar el porcentaje que se incluirá para la provisión de bienes y servicios por parte de los sujetos mencionados en el artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2021, el cual no podrá ser superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato.

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* y la *conveniencia* se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría Acuerdos Comerciales vigentes ni pone en riesgo la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato.

Entonces sobre el caso puntual expresado, se debe mencionar que los contratos de consultoría son aquellos que incluyen dentro de su objeto la realización de actividades que se relacionan o se vinculan con funciones técnicas y especializadas, es por lo que se requiere que las personas que lo ejecutarán tengan un perfil acorde que pueda cumplir con el objeto del contrato, ya que generalmente se necesita un Director de Consultoría, Coordinador de Consultoría (En los casos que aplique) y el Especialista, dicho esto la cantidad de personas claves para realizar esta función es limitada, por esto solo será viable si el personal contratado para realizar la consultoría puede cumplir el porcentaje exigido por el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, el cual no podrá ser superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato; y la entidad deberá determinar si es beneficioso o no dar aplicación a este fomento en los contratos de consultoría.

“Teniendo en cuenta el poco desarrollo que el Gobierno realizó frente a este precepto normativo, agradezco encarecidamente se aclare qué parámetros debe tener en cuenta la Entidad Estatal en su análisis a la hora de determinar la oportunidad y conveniencia de incorporar este



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

criterio en determinado proceso de selección, y mejor aún, por favor informar si existe algún manual, guía o similar expedido por Colombia Compra Eficiente en el que trate este tema"

Dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional, fundamentado en los elementos indicados, los cuales remiten, entre otros aspectos, al criterio de oportunidad y conveniencia realizado por la entidad contratante. De esta manera, corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los *pliegos de condiciones* o *documentos equivalente*, de acuerdo con los criterios que estime pertinentes para dicha valoración.

En efecto, el ejercicio de potestades discrecionales comporta valoraciones de conveniencia, ya que la norma no predetermina el contenido de la decisión, sino que la deja a la libre consideración del órgano competente. En otras palabras, queda a la Administración la facultad de valorar la oportunidad de actuar o dejar de hacerlo. Esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa no corresponde al ejercicio de una potestad reglada.

Finalmente, es importante mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente no ha emitido manual o guía alguna sobre la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, pero es posible consultar la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector²¹.

"Dado que la información relativa a los grupos poblacionales que la norma pretende beneficiar con esta implementación suele ser reservada, las entidades a la hora de realizar este análisis se ven bastante limitadas por la falta de datos que se pueden recolectar a través la web, por tanto, también se agradece si es posible señalar cuáles son las bases de datos en las que la entidad puede consultar información a este respecto"

Frente a la demostración de las circunstancias reguladas por la norma bajo análisis, como se puede observar, el segundo inciso del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16 establece que "Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones

²¹ <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-elaboracion-de-estudios-de-sector>



que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente". En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece la forma como se debe acreditar el carácter de sujeto de especial protección constitucional, en ciertos eventos. Por ejemplo, a título enunciativo:

i) De acuerdo con el numeral 2, para las mujeres cabeza de familia, "Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario".

ii) Según el numeral 5, la acreditación de la pertenencia a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, se certifica por el Ministerio del Interior.

iii) De conformidad con el numeral 6, la situación de encontrarse en un proceso de reintegración o reincorporación, se demuestra con: "i) la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, ii) el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, iii) el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o iv) cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación".

En todo caso, el párrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. dispone que si no existe una condición especial para demostrar las circunstancias que hacen a las personas sujetos de especial protección constitucional "se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente". Esto significa que si bien, en principio, existiría libertad probatoria, las entidades estatales podrían definir en el pliego de condiciones o documento equivalente de qué manera se deben acreditar tales situaciones. Al configurar estos requisitos, las entidades públicas deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, de manera que no impongan requisitos probatorios irrazonables.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Por otra parte, el Decreto 1860 de 2021 no define fuentes de información específicas que las entidades públicas puedan consultar para “identificar bienes, servicios y la participación en la economía y en los sectores de la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional”. Este es un aspecto que debe analizar cada entidad pública en el estudio del sector económico. Así lo establece el artículo 2.2.1.2.4.2.16., en el segundo inciso, cuando dispone que “La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones”. Como lo indicó Colombia Compra Eficiente en la Guía para la Elaboración de Estudios del Sector, las entidades estatales están habilitadas para consultar “cualquier [...] sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado”²².

Por último, es bueno señalar que corresponde a las autoridades administrativas de manera autónoma e independiente, como responsables de sus procedimientos contractuales y conforme a las disposiciones que rigen la contratación estatal, adoptar las decisiones y/o adelantar las actuaciones que estimen pertinentes en el desarrollo de sus procesos de contratación.

Con todo se reitera, la imposibilidad de este ente de involucrarse, directa o indirectamente, en la actividad contractual de las entidades estatales, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, particularmente lo estipulado en el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993.

En virtud de esas disposiciones, se les concedió a las entidades públicas la capacidad jurídica para llevar a cabo su contratación, lo cual se traduce en que gozan de plena autonomía e independencia para gestionar la satisfacción de sus necesidades en ejecución de la actividad contractual.

“¿es posible dentro de sus facultades que nos identifiquen algunos procesos de contratación adelantado por una entidad estatal en el que se haya realizado el análisis de oportunidad y conveniencia del que habla la norma?”

²² En:

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Respecto de su solicitud le informamos que esta Agencia tiene en conocimiento procesos de contratación en los cuales se ha dado aplicación al artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, los cuales se anexan a esta comunicación. Estos y otros procesos pueden ser encontrados en la página de Secop I y II.

Para visualizar los anexos se recomienda utilizar un aplicativo de visualización de PDF como Adobe Reader que permite la descarga de los archivos anexos. Si presenta inconvenientes para ver los anexos, en el siguiente enlace podrá ver el [instructivo](#)²³.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí 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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Olga Isabel Pertuz De la Hoz
Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 - 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE
Anexo: Consolidado de procesos aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16.
del Decreto 1082 de 2015

²³ [Instructivo para visualizar anexos en un archivo pdf](#) | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO