

Bogotá D.C., 19 de Septiembre de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230919010174
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 19/09/2023 15:27:48



Señora
Paulina Fontecha Ariza
Bogotá D.C.

Concepto C – 392 de 2023

Temas: LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16 DEL DECRETO 1860 DE 2021 – Propósito – sujetos de especial protección constitucional / INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales por sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional

Radicación: Respuesta a las consultas P20230811014160 y P20230811014161 –Acumulados–

Respetada señora Fontecha Ariza:

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 las peticiones radicadas el 11 de agosto de 2023.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta: “[...] frente a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del decreto 1860 de 2021 las entidades públicas están en la obligación de incorporar esta provisión dentro de la contratación en la procura de la población en mención ¿cuál es el ejercicio para tasar el 05% mínimo de cumplimiento? Y así hacer un debido control en la ejecución. Cuando se habla de oportunidad y conveniencia ¿las entidades se pueden apartar de este mandato legal? ¿bajo qué supuestos?”.

2. Consideraciones



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

La Subdirección resolverá la petición conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020 y 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.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos 216130003241 el 30 de junio de 2016, 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020, C-700 de 1 de diciembre de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-438 del 27 de septiembre de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021, C-001 del 17 de febrero de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-165 de 6 de abril de 2022, C-293 del 12 de mayo de 2022, C-317 del 16 de mayo de 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022, C-340 del 26 de mayo de 2022, C-243 del 31 de mayo de 2023, C-395 del 17 de junio de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-206 del 20 de junio de 2023 y C-207 del 20 de junio de 2023, se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento¹. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

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

El 31 de diciembre de 2020 se expidió la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional ejerza la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de esta ley. Para efectos de los temas relacionados con la contratación estatal, esto último se materializó con la expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los

¹ 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>.



artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”, y con el Decreto 442 del 28 de marzo de 2022, “Por el cual se modifica el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar el artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 en lo relativo a la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación”.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas – mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas², así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública³. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁴, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁵ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁶.

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el “Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad” del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la “Política de formalización empresarial” del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019⁷.

² Artículos 2 al 29.

³ Artículos 30 al 36.

⁴ Artículos 37 al 45.

⁵ Artículos 46 al 73.

⁶ Artículos 74 al 83.

⁷ Esta política se justifica en la medida que: “Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera



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 iniciativas⁸.

Además, como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, a continuación se estudiará el contenido de dicha norma así como alcance del decreto que lo reglamenta.

2.2. Regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y 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 2007⁹, prescribiendo lo que se indica a continuación:

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>).

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.

⁹ En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: “Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos



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

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

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

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

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

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 benefician 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”.



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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.



sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que “[...] en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional *en las condiciones que señale el reglamento*; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual” (Énfasis fuera de texto). Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, prescribe lo siguiente:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

Con la salvedad prevista en el párrafo 2 del artículo 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 conveniencia o no de la acción administrativa no correspondería a ejercicio de una potestad reglada¹². De esta manera, la doctrina explica que:

¹¹ DNP, Memoria Justificativa del proyecto de decreto de 24/09/2021, publicada en página web: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/SEGUNDA%20PUBLICACION%20N%20-%20MEMORIA%20JUSTIFICATIVA%2024_09_2021.pdf.

¹² En efecto, “En el caso de la determinación *precisa* del interés público, la Administración no tiene potestad alguna de valoración de éste en orden a la oportunidad de actuar o no, por lo que su actividad se llama *reglada*. En cambio, en el caso de determinación *imprecisa*, a la Administración le queda de cualquier modo, la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no, potestad que es mas o menos amplia según los casos [...]”. Tal potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa se llama potestad *discrecional* o *discrecionalidad* [...]” (ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch, 1970. p. 118. Énfasis dentro del texto)



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

3. Respuesta

“[...] frente a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del decreto 1860 de 2021 las entidades públicas están en la obligación de incorporar esta provisión dentro de la contratación en la procura de la población en mención ¿cuál es el ejercicio para tasar el 05% mínimo de cumplimiento? Y así hacer un debido control en la ejecución. Cuando se habla de oportunidad y conveniencia ¿las entidades se pueden apartar de este mandato legal? ¿bajo qué supuestos?”.

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, 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

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994. p. 114.



supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso.

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

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

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.

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

Atentamente,



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

