

BOLETÍN INFORMATIVO
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



Boletín No. 25, enero 2021.

Por Jorge Beltrán Pardo.*

IMPACTO DE LA LEY DE EMPRENDIMIENTO 2069 DE 2020 EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 31 de diciembre de 2020 se expidió la Ley **2069 de 2020**, con el objeto de establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento, crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas en el país, con lo cual en su Capítulo III definió algunas modificaciones al marco regulatorio en materia de compras públicas que son de notable importancia conocer por todos los operadores de la contratación estatal.

Es por ello que, en el presente Boletín, analizaremos estas modificaciones de manera transversal y su respectivo impacto en el sistema de contratación pública, así como los retos, reflexiones y recomendaciones que surgen de esta nueva normativa.

Esperamos que este documento sea el inicio del sano debate en relación con esta norma, permitiendo que en su ejecución y regulación se obtengan los resultados esperados, como son el bienestar social y la generación de equidad empresarial.

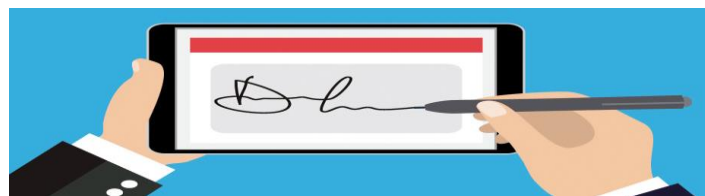
Su impacto ha sido analizado para entidades públicas (régimenes públicos y especiales), particulares que ejecuten recursos públicos y patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales.

HACIA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO (ARTÍCULO 18)

Artículo Nuevo

Con miras a la racionalización y simplificación de procesos, trámites y tarifas, se crea este artículo, teniendo en cuenta a su vez las necesidades de transformación digital actuales que se han vislumbrado más aún en el marco de la pandemia Covid-19, estableciendo la obligación del Gobierno Nacional en un término no mayor a seis (6) meses de reglamentar el **uso de la firma electrónica y digital para la suscripción de documentos de carácter privado y público**, con el fin de continuar implementando la

estrategia para la suscripción electrónica y digital de documentos públicos y privados, lo cual redundará en materia de contratación pública evidentemente.



Reto en compra pública

- Las Entidades deben modificar y alinear sus procedimientos internos, manuales y demás documentos a esta transformación digital, previendo no generar reprocesos en los que se solicite la Firma de documentos de forma física y electrónica a la vez; se fortalezca el tema del expediente único electrónico y se den garantías suficientes sobre la seguridad de la información y su inalterabilidad en los procesos de compra.

Reflexiones y recomendaciones adicionales

- Cada vez cobra mayor importancia el uso del Secop II y de sus funcionalidades tecnológicas y transaccionales para realizar procesos de contratación electrónicos y con ello dar mayor publicidad y validez jurídica a los mismos, que además reduce costos de transacción.

Motivo por el cual, el Gobierno debe fortalecer las capacitaciones a proveedores, entidades, entes de control y ciudadanía en el uso de la misma, permitiendo que, dada la óptima pero reducida capacidad de Colombia Compra Eficiente, se de

* <https://quoblog.quodem.com/econsent-aplicaciones-ventajas-la-firma-digital/>



acceso al uso de la plataforma de capacitación también a los capacitadores y empresas dedicadas a la formación en Secop II, bajo los lineamientos de la Agencia referida, como ocurría anteriormente.

MIPYMES Y CONVOCATORIAS LIMITADAS EN LA MÍNIMA CUANTÍA (ARTÍCULO 30)

Modificación

El numeral 5º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es modificado respecto de la contratación de mínima cuantía, incluyendo en el párrafo primero *“la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén”*, permitiendo con ello que las entidades puedan adquirir en esta modalidad de selección, bienes y servicios antes reservados a la definición de “gran almacén”, hoy en día también para proveedores MiPymes, según lo reglamente por el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, se modifica el párrafo segundo de la misma disposición, eliminando la consideración *“~~ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.~~”* referente a la exclusión de la posibilidad de limitar las mínimas cuantías a la participación exclusiva de Mipymes. Con esta derogatoria se elimina dicha restricción permitiendo que en los procesos de mínima cuantía se efectúen convocatorias limitadas a Mipymes.

En todo caso se debe tener en cuenta que el artículo 34 de la actual Ley también modifica el citado artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, como se analizará más adelante.

Reto en compra pública

- Al permitirse limitar convocatorias de mínima cuantía a Mipymes, surge la necesidad de regular la oportunidad, el procedimiento y las etapas del proceso para recibir tanto las solicitudes de las empresas interesadas como para limitar propiamente la convocatoria, dado que dicho procedimiento está regulado para procesos de selección en los que se tuviera previsto la existencia del aviso de convocatoria y la resolución de apertura, documentos y etapas que no están previstos en la modalidad de mínima cuantía.

La mínima cuantía, en la práctica es un proceso sin etapa de prepliegos, ni aviso, ni acto administrativo de apertura, con lo que no se puede identificar el momento idóneo en la cual se deben recibir las solicitudes de limitación de las Mipymes y la forma como se debe establecer la limitación, para esta modalidad de selección en particular.

- La implementación de esta norma, podría limitar la participación de empresas que, no siendo MiPymes, tienen estructuras de costos eficientes que generarían un mayor valor por dinero para la administración pública.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- Es fundamental que el Gobierno reglamente la materia y en todo caso que dicho reglamento precise el procedimiento, la oportunidad y los documentos idóneos para la limitación a Mipymes dentro de la mínima cuantía, a razón de que al no existir un procedimiento actualmente, no es posible llevar a la práctica la norma y su aplicación por las Entidades públicas, por lo cual habrá de esperarse a su regulación para que la norma empiece a regir adecuadamente en este tipo de procesos.²
- El Gobierno, debe buscar mecanismos de implementación de esta norma que atiendan a la naturaleza expedita de los procesos de Mínima Cuantía y que no truquen la celeridad de los procesos de contratación, agregando etapas que lo vuelvan lento, atendiendo al principio de economía regulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y en el 209 constitucional.

CRITERIOS DIFERENCIALES PARA MIPYMES EN LA COMPRA PÚBLICA (ARTÍCULO 31)

Artículo Nuevo

De la misma manera se regula la inclusión de criterios en favor de las Mipymes dentro de los procesos de contratación de las entidades estatales, estableciendo la **posibilidad** (facultativa de las entidades estatales) que estas **incluyan dentro de los Documentos del Proceso³, requisitos diferenciales y puntajes adicionales en función del tamaño empresarial**. Ello, con el fin de promover el acceso de estas empresas al mercado de la compra pública, teniendo en cuenta el análisis del sector⁴ realizado por cada entidad.

² “Llenar los vacíos y detalles que no previó la ley que sea necesario dictar afín de que el estatuto tenga eficiencia en la práctica, es la razón de ser de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues sin ella se expondrían las leyes a tonarse inoperantes, o a no tener cumplida ejecución, ya que legislador no expide sino las normas generales, quedándole al ejecutor de aquella, el gobierno, la tarea de poner en función de actuar los mandados legales(...)” Sentencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado de octubre 17 de 1950.

³ Al no tener un glosario especial la Ley, se considera que el término guarda relación con la definición del **Artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 y se refiere a los documentos de todo Proceso de Contratación**.

⁴ Recuerde que en BP asesoramos y capacitamos a las entidades públicas en la realización de adecuados análisis de sector, atendiendo métodos analíticos de información estructurada y no estructurada, garantizando un posterior estudio previo y pliego de condiciones acorde al mercado identificado. ¡No dude en contactarnos!



Así mismo, se exhorta al Gobierno Nacional, para que en la reglamentación se dé prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos adquiridos con otros estados.

Este artículo establece la obligación en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar la definición de tales criterios diferenciales, atendiendo para ello reglas objetivas que podrán implementar las Entidades, con lo cual es importante afirmar que, las mismas a la fecha no tienen la libertad de escoger tales criterios diferenciales hasta tanto se cuente con la respectiva reglamentación.

Únicamente se refiere a “*entidades estatales*” sin mencionar regímenes especiales ni patrimonios autónomos de las entidades estatales a diferencia de otros artículos de la ley que expresamente si las incluyeron, por lo cual, su aplicación pareciese ser en principio dirigida únicamente a las entidades definidas del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Reto en Compra Pública

- Esta norma no indica los tipos de procesos contractuales a los cuales debería aplicar este tipo de incentivos, dejando la posibilidad de que la inclusión de criterios pueda ser dado para las diferentes modalidades de selección y Procesos de Contratación⁵, generando la dificultad que en procesos cuya estructura este definida por el factor precio (menor valor), ej. subasta inversa, se incluyan factores diferenciales que puedan desvirtuar el objetivo del proceso y se evalúe en razón del Proponente Mipyme, y no de la mejor oferta presentada.

Esta norma, cambia la visión que en su momento había vertido la Ley 1150 de 2007 respecto de seleccionar la mejor oferta en condiciones de precio y calidad, sino que hace relevante el tamaño del proponente a efectos de la selección de la oferta más favorable para la entidad.

- En el marco de procesos en los que apliquen acuerdos comerciales internacionales y el principio de reciprocidad, debe tenerse en cuenta cómo entiende cada país el concepto de Mipymes, dado que estas definiciones son diferentes en cada legislación, atendiendo criterios tales como umbrales de facturación, número de empleados o activos, entre otros, resultando difícil en la práctica otorgar el criterio diferencial en condiciones de

igualdad al no existir tal unificación con países con los que incluso tendríamos reciprocidad.

- Adicionalmente, será relevante establecer la forma en que un proponente extranjero sin domicilio en Colombia que no tiene obligación de tener RUP, va a acreditar esta circunstancia (ser Mipyme) y va a hacer valer su derecho de trato nacional cuando sea originario de países con derecho a reciprocidad, bien sea derivado de un Acuerdo Comercial o de facto en su legislación no discriminatoria de extranjeros.

Por lo tanto, es recomendable para evitar dificultades a entidades y proponentes, que el Gobierno identifique una autoridad competente que valide y registre a las empresas extranjeras que realmente cumplen con los criterios para ser Mipymes, permitiendo con ello que las entidades estatales puedan verificar los registros y aplicar la reciprocidad sin cometer errores ni ilegalidades dentro de sus procesos de contratación.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- Para promover la igualdad, los criterios diferenciales deberían establecerse de manera proporcional en razón del tamaño empresarial que determina a las micro, pequeña y medianas empresas, es decir, que estas sean evaluadas dependiendo de su tamaño, de manera que se otorgue mayores puntajes a las microempresas, luego a las pequeñas y así sucesivamente, logrando con ello que realmente se incentiven las empresas de acuerdo a su condición.
- Respecto a la priorización de la contratación de producción nacional, el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta lo establecido en el Decreto 2680 del 2009 que establece el concepto de bienes de origen nacional, sin perjuicio del respeto a los acuerdos comerciales internacionales y del principio de reciprocidad⁶.
- Las entidades estatales deberán considerar lo dispuesto en la Ley 590 de 2000, el Decreto 957 de 2019 (que establece la definición de los tamaños empresariales dependiendo de los ingresos por actividades ordinarias anuales y el sector (ventas brutas anuales) teniendo en cuenta las realidades de cada sector y su mercado y lo que disponga el Gobierno Nacional.

⁵ También definido por el Decreto 1082 de 2015.

⁶ Artículo 20 de la Ley 80 de 1993.





CRITERIOS DIFERENCIALES PARA MUJERES EN LA COMPRA PÚBLICA (ARTÍCULO 32)

Artículo Nuevo

Es una realidad que dentro del sistema de compra pública se ha venido promoviendo en mayor medida la participación de mujeres en condiciones de igualdad tanto en Colombia como en otros países, con lo que esta ley pone a tono en el ámbito internacional al país estableciendo la obligación para las entidades estatales de incluir requisitos diferenciales y puntajes adicionales en las **modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades que no apliquen en su gestión contractual a través del EGCAP.**



Es la materialización de medidas afirmativas en favor de las mujeres, con el fin de incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, fomentando su mayor participación en el mercado de compra pública. A efectos de lo anterior, se requiere una adecuada reglamentación por parte del Gobierno Nacional respecto a las definiciones aplicables con el fin de que las entidades estatales y proponentes puedan establecer la forma y condiciones en que se otorgará este incentivo⁹.

Reto en compra pública

- El análisis del sector de la entidad estatal contratante debe identificar cuando da lugar la aplicación de estos incentivos, generando una dificultad adicional en la elaboración de este documento por parte de las Entidades Estatales, quienes en la práctica aún tienen debilidades en tal

elaboración. Ahora con la Ley se les asigna una nueva obligación de analizar la procedencia del incentivo, lo que definitivamente requiere de orientación por parte de Colombia Compra Eficiente para que este incentivo no se vuelva perverso para favorecimientos indebidos o para hacerlo nugatorio en la práctica.

- De igual forma, debe esperarse a la reglamentación del Gobierno Nacional para definir los términos: emprendimientos y empresas de mujeres, así como los demás aspectos que hacen parte del contenido normativo objeto de regulación.
- Se resalta que a diferencia del anterior artículo 31 que establece la expresión “podrán” para las entidades estatales incluir o no criterios diferenciales para Mipymes, esta disposición señala que las entidades “incluirán” estos criterios, por lo que no es una facultad de la administración incluirlos o no, sino que cuando su Análisis de Sector evidencie que existe la posibilidad de incentivar este importante segmento de la población, deberá incluirlo en sus procesos de selección de Licitación, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Concurso de méritos en los términos que lo reglamente el Gobierno Nacional.
- A diferencia del artículo 31, este artículo si diferencia a cuáles procesos le es aplicable este incentivo (aquellos donde tradicionalmente se puntúa precio y calidad), dejando por fuera otras modalidades que si fueron abarcadas en los incentivos de las Mipymes y dando un trato diferencial posiblemente más favorable a estas últimas.
- Este artículo amplía su ámbito de aplicación a las entidades que no aplican el EGCAP, motivo por el cual, le resulta aplicable este incentivo no solo a las entidades sometidas al EGCAP sino que además abarca a las entidades de regímenes especiales de contratación (v.gr., empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta).
- En vista de lo anterior, es fundamental que este tipo de entidades que usualmente se gobiernan por su Manual de Contratación, procedan a ajustar sus procedimientos internos y sus reglas de adquisiciones adecuándolos a este objetivo, para lo cual es fundamental que el Gobierno Nacional y Colombia Compra Eficiente impartan una reglamentación y lineamientos respectivamente de la forma como debe hacerse.

⁷<https://camaracordoba.com/es/servicio-de-certificaciones/Certificado-de-tama%C3%B1o-empresarial>

⁸ <https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/ide-donde-viene-la-palabra-mujer>

⁹ Emprendimientos y empresas de mujeres.

Reflexiones adicionales y recomendaciones



- Frente a las entidades de regímenes especiales, teniendo en cuenta que el artículo en estudio no reguló el tipo de procesos en los cuales aplicaría para estas entidades, se debe establecer la forma e intensidad en que debe aplicar este incentivo, para no forzarlas a aplicar estos puntajes adicionales en procesos que se determinan por el menor precio, lo que puede afectar la naturaleza propia de este tipo de contrataciones.
- Las empresas de emprendimiento, al ser empresas nuevas en el mercado y usualmente sin experiencia ni músculo financiero, deberían tener una valoración de riesgo distinta a las que se pueden realizar dentro de un proceso de contratación genérico, para lo cual se deben analizar los distintos riesgos que se pueden presentar en las diferentes etapas del Proceso de Contratación, como los riesgos de cumplimiento por ejemplo y de acuerdo a dicha valoración establecer mecanismos de mitigación, monitoreo y control.

PROMOCIÓN DEL ACCESO DE LAS MIPYMES AL MERCADO DE LA COMPRA PÚBLICA (ARTÍCULO 33)

Modificación

Esta disposición modifica el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, permitiendo que **todas las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual, así como los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas y los particulares que manejen dineros públicos**, promuevan el acceso de Mipymes dentro de sus procesos contractuales, mediante las siguientes acciones:

Identificar en análisis del sector aquellas Mipymes que puedan ser proveedoras y con ello establecer reglas que permitan su participación.

Promover la división de los procesos en lotes o segmentos.

Desarrollar programas de aplicación de la normativa del sistema de compra, en especial, la relacionada con las disposiciones de la Mipymes en las compras, los incentivos y el Secop

Finalmente establece la obligación de Colombia Compra Eficiente y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de **crear un sistema de indicadores** para evaluar anualmente la efectividad de la inclusión de estas empresas en el

mercado y a su vez de las entidades estatales de remitir información a Colombia Compra Eficiente sobre el cumplimiento y resultados de la aportación de estas medidas de cada año, dentro de los dos primeros meses del año.



Esta norma reiteró el deber de todas entidades estatales, independientemente de su régimen contractual, así como los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas y los particulares que administran recursos públicos, de publicar en el Secop sus procesos de contratación.

El incumplimiento de los deberes establecidos en este artículo constituirá causal de mala conducta por parte de los servidores públicos.

Reto

- Considerando que a toda contratación con dineros públicos le resulta aplicable la incorporación de los deberes listados en esta norma objeto de estudio, todas las entidades públicas (régimen público y privado) así como los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas y los particulares que administran recursos públicos, deben **modificar y adecuar sus manuales de contratación y documentos contractuales**¹⁰, permitiendo documentar estas dichas inclusiones y parámetros acordes a sus procedimientos internos de forma que eviten incurrir en responsabilidades disciplinarias por la inobservancia de estos deberes.
- Uno de los mayores retos de esta norma es lograr que toda contratación con dineros públicos se publique a través del Secop. Para el efecto, es fundamental:
 - Capacitar a entidades públicas de régimen público y privado, así como a los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos en el uso del Secop
 - Adecuar los procedimientos internos al uso del Secop y a la divulgación de sus procesos de contratación a través de dicha plataforma.
 - Establecer una incorporación gradual al uso del Secop a las entidades y particulares que administran recursos públicos y los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales.

¹⁰ En BP contamos con amplia experiencia en la elaboración y modificación de Manuales de Contratación, no dude en contactarnos si tiene alguna inquietud.



- Vigilar y sancionar a quienes no realicen esta publicación en el Secop.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- Se desconoce la forma en como estos incentivos y en general la integralidad de los criterios arriba citados en los diferentes artículos, van a funcionar para proponentes plurales (consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad, etc), como aquellos constituidos entre empresas Mipymes y no Mipymes y entre Mipymes nacionales y Mipymes extranjeras.
- Dentro de las principales novedades, se establece la falta disciplinaria por no cumplir con todas las reglas contenidas en el artículo, por lo cual, se exhorta a los servidores públicos y particulares que administran recursos públicos, a cumplir con estos deberes, so pena de ser sancionados por los entes de control.
- Dentro de los programas de aplicación recomendamos que las entidades tengan en cuenta capacitarse en la materia, desarrollar sus manuales de contratación alineados a estos incentivos, modificar sus Planes Institucionales de Capacitación - PIC¹¹ y sus documentos contractuales, entre otros, que incluyan las nuevas disposiciones sobre MiPymes.

CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES (ARTÍCULO 34)

Modificación

Se modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 estableciendo que **las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos limiten convocatorias a Mipymes, previo a la resolución de apertura del proceso respectivo, siempre y cuando se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) MiPymes, sin distingo del tipo de proceso de contratación ni su modalidad o cuantía.**

Reto

- Establecer **un mínimo de dos (2) manifestaciones de interés de Mipymes** para limitar la convocatoria, lo que impacta a su vez el Artículo 2.2.1.2.4.2.2. del

Decreto 1082 de 2015 que regula para los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la solicitud de por lo menos tres (3) MiPymes y el valor del proceso de contratación aplicable, generando una dicotomía en la exigencia normativa.

Sin embargo, esta ley no establece qué tipo de proceso de contratación son los que cobija ni la cuantía, pero en su redacción cita “*Resolución de apertura*” existiendo procesos dentro de las diferentes modalidades que no la requieren como las bolsas de productos, los acuerdos marco y otros instrumentos de agregación de demanda, o las mínimas cuantías.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- Encontramos que esta Ley al ser especial, posterior y de rango jerárquico superior, primaría sobre lo citado en el Decreto 1082 de 2015 en lo que en ella regula, sin embargo, quedan vacíos acerca de su aplicabilidad en otras modalidades de selección a las indicadas en la reglamentación actual, su cuantía y requisitos para acreditarlo.

En lo no regulado, seguiría aplicable lo que establece el Decreto 1082 de 2015 y demás normas aplicables en la materia, hasta tanto no sea reglamentado por las autoridades competentes.

FACTORES DE DESEMPATE (ARTÍCULO 35)

Artículo Nuevo

Este artículo establece por primera vez a nivel legal¹² el orden de prevalencia de los criterios de desempate (taxativos) dentro de cualquier proceso contractual con cargo a recursos públicos, aplicable tanto a **las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación y a los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales (nótese que no se incluyeron a los particulares que administran recursos públicos), según los siguientes aspectos:**

Los criterios de desempate están establecidos en su respectivo orden de aplicación hasta finalizar en el método aleatorio para la selección del oferente de la siguiente manera:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la de bienes o servicios extranjeros.¹³

¹¹ Recuerde que tiene plazo hasta abril para incluir estos temas en su PIC institucional. En Beltrán Pardo Abogados y Asociados contamos con amplia experiencia en la realización de capacitaciones presenciales y virtuales, acorde a sus necesidades.

¹² Aunque a nivel reglamentario se tenía regulado en el Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.1.1.2.2.9.

¹³ En concordancia con la Ley 816 de 2003.



2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia¹⁴, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar¹⁵ o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente¹⁶.
3. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el 10% de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el 10% de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta.¹⁷
4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.¹⁸
5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos el 10% de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.¹⁹
6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.²⁰
7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el 25% en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; y (c)

ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

8. Preferir la oferta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.
9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.
10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el 25% del total de pagos realizados a Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme, cooperativa o asociación mutua que tenga una participación de por lo menos el 25%; (b) la Mipyme, cooperativa o asociación mutua aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.
11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.
12. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los Documentos del Proceso.



21

Reto

- Aplicar estos factores de desempate a procesos en los que se evalúan o adjudican las ofertas de menor precio sin tener en cuenta otros factores es sumamente complejo, pues el factor diferencial está

¹⁴ En concordancia con la Ley 82 de 1993.

¹⁵ Criterio nuevo.

¹⁶ No exige mayoría calificada.

¹⁷ En concordancia con el Decreto 1082 de 2015.

¹⁸ En concordancia con la Ley 2040 de 2020

¹⁹ Criterio nuevo.

²⁰ En concordancia con el Decreto 1081 de 2015

21

<https://platinoweb.com/component/content/article/298-gobierno-en-linea/222-entidades-publicas-portales-de-gobierno.html?Itemid=301>



enfocado en la oferta y no en el proponente, por lo que puede desnaturalizarse la finalidad perseguida con estas modalidades basadas en precio.

- La aplicación de los criterios no debe quedar a la interpretación de cada entidad estatal, por lo cual, cada criterio debe ser acreditado de manera idónea por la autoridad competente, que en caso de no existir deberá definirse por el Gobierno Nacional, con el fin de que la entidad estatal no tenga inconvenientes a la hora de evaluar ofertas acerca de la verificación de las condiciones establecidas en la norma ni existan controversias en el proceso evaluador y de adjudicación de forma que la decisión de la entidad contratante se fundamente exclusivamente en la objetividad documental, v.gr., los criterios relativos a la mujer, población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Romo gitanas y personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- Esta norma mitiga posibles riesgos relacionados con la vinculación *pro tempore* de personal utilizado únicamente para obtener la adjudicación pero que en realidad no está vinculado a la empresa proponente, para lo cual la norma en estudio establece que en los criterios que involucren la vinculación de capital humano, con una antigüedad igual o mayor a un año anterior al proceso contractual.

Sin embargo, permanece la debilidad en identificar quién es el ente encargado de certificar tal vinculación. No obstante lo anterior, tiene un alivio para las empresas recientemente constituidas al permitirle participar si dentro del año anterior al proceso de contratación ha vinculado desde su constitución, ese tipo de personal.

- A su vez la propuesta de criterios de desempate acoge únicamente la preferencia de escoger la propuesta nacional sobre la extranjera sin derecho a reciprocidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, pero no incluyó al origen del proponente nacional sobre el extranjero sin reciprocidad, como lo establece la Ley 816 de 2003 el cual indica que “Si una vez efectuada la calificación correspondiente, **la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.**” motivo por el cual, ha de entenderse que el legislador de 2020 derogó tácitamente dicho criterio en la medida en que no le dio cabida dentro de ninguno de los antes

relacionados y en consecuencia las entidades estatales quedarán relevadas de incluirlo en los Procesos de Contratación.

NUEVAS TECNOLOGÍAS (ARTÍCULO 36)

Nuevo artículo

Establece que las entidades estatales, teniendo en cuenta los lineamientos dados por Colombia Compra Eficiente, **procurarán** por generar inversiones o compras que permitan involucrar nuevas tecnologías, herramientas tecnológicas e innovación en sus funciones o sistemas y la obligación del Gobierno de reglamentar la materia.



Reto

- Que la incorporación de nuevas tecnologías y de innovación se implemente dentro de los procesos de contratación, promoviendo la seguridad jurídica y que las entidades estatales sean asertivas acerca de la importancia de implementar este tipo de soluciones y faciliten el servicio al ciudadano y haga más eficiente la labor administrativa de las entidades estatales, propiciando la compra innovadora²³.

Reflexiones adicionales y recomendaciones

- El verbo rector de la norma es “*procurarán generar inversiones o compras*” lo que en la práctica conlleva a una decisión compleja por parte de una entidad estatal de priorizar este tipo de compras sobre otros bienes y servicios a adquirir sin que exista un lineamiento claro y preciso acerca de su debida implementación y forma de incorporarlo en los procesos de compra de las entidades.

En conclusión, si bien esta nueva Ley opta por modificar normas del EGCAP o crea nuevas disposiciones que afectan de manera directa o indirecta la compra pública, muchas de estas o requieren de su reglamentación por

²² <https://medium.com/@jorge.nicho/actualidad-c%C3%B3mo-nos-afecta-la-tecnolog%C3%ADa-en-la-vida-cotidiana-ba410b91d753>

²³ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce_guia_cpi.pdf

parte del Gobierno Nacional, a pesar de lo cual, es notable su impacto dentro de los procesos de contratación públicos, a partir de la fecha de su promulgación, toda vez que cada una de estos artículos no pretende otra cosa que incentivar la participación de las Mipymes y otros sectores vulnerados históricamente en los procesos de contratación del Estado, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad a través de acciones afirmativas en la compra pública.

Por último, es menester indicar que con la expedición de la Ley 2069 de 2020, se genera un reto grande para las entidades estatales en su aplicación, con lo cual, es recomendable iniciar procesos de socialización, sensibilización y aún más la modificación de sus procesos y procedimientos y manuales de contratación, que permitan dar cumplimiento a estos postulados legales y disminuir con ello el riesgo legal y el daño antijurídico que se puede presentar tanto para entidades como para servidores.

Por lo cual es fundamental fortalecer la formación del talento humano a través de capacitaciones que permitan hacer de manera más adecuada los análisis de sector.


Invitamos a todos los operadores a tener en cuentas estas recomendaciones, y a analizar en cada caso en concreto su aplicación, previendo con ello, el fortalecimiento de la compra pública.

(*) Gerente BP, experto en Contratación Pública. Edición por: Steffany Paola Wilches Plata, Abogada.

Nuestras áreas de trabajo



Recuerde que: En Beltrán Pardo Abogados & Asociados S.A.S asesoramos y capacitamos a entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, elaboramos Manuales de

Contratación  **atendiendo la normativa y jurisprudencia aplicable, así como la realización de procesos de fortalecimiento de competencias y entrenamiento en puesto de trabajo de acuerdo a sus necesidades. #MoverNosMueve**

