



**APLICACIÓN DE ACCION AFIRMATIVA EN FAVOR DE MIPYMES EN
PROCESOS DE SELECCIÓN ABREVIADA EN ZIPAQUIRA**

DUVAN UBEYMAR CANTILLO GARCIA

U0602349@unimilitar.edu.co

Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada

Diplomado de Contratación Estatal

Señores Comité de Grado UMNG

16 Febrero de 2022

RESUMEN:

Mediante este ensayo se pretende abordar la eficacia en la aplicación de una de las medidas comprendidas dentro del marco regulador de la contratación estatal en Colombia. El tipo de norma sobre la que se quiere medir su eficacia doctrinalmente ha sido denominada acción afirmativa. En el desarrollo de este ensayo se hace un breve recorrido por la definición, origen, elementos y tipos de acciones afirmativas y como los posibles beneficiarios de la medida, para el caso de estudio las PYMES, juegan un importante rol en la economía nacional, pero al mismo tiempo se encuentran en desigualdad frente a otros agentes económicos, lo que justifica el uso de esta herramienta con el objetivo de reducir la desigualdad.

Es un ensayo crítico, en el que se aborda el tema de manera libre, aportando los elementos doctrinales y jurisprudenciales necesarios para describir el tema tratado y soportar finalmente las conclusiones respecto al problema jurídico planteado.

El desarrollo del ensayo derivara en concluir que, para el caso de estudio realizado en el municipio de Zipaquirá, aunque la acción afirmativa que permite limitar las convocatorias para el proceso de contratación a las Mipymes ha sido aplicada en algunos de los procesos, tiene un porcentaje de utilización muy baja por parte de estos actores económicos, hecho que contradice el espíritu de la existencia de este tipo de acciones afirmativas dentro del marco de la regulación contractual.

ABSTRACT

Through this essay it is intended to address the effectiveness in the application of one of the measures included within the regulatory framework of state contracting in Colombia. The type of norm on which its effectiveness is to be measured has doctrinally been called “affirmative action”. In the development of this essay, a brief description about of the definition, origin, elements and types of affirmative actions

and how the possible beneficiaries of the measure, for the case study, MSMEs, play an important role in the national economy, but at the same time they are in unequal situation compared to other economic agents, which justifies the use of this tool with the aim of reducing inequality.

It is a critical essay, in which the subject is approached freely, providing the doctrinal and jurisprudential elements necessary to describe the subject matter and finally support the conclusions regarding the legal problem raised.

The development of the essay will lead to the conclusion that, for the case study carried out in the municipality of Zipaquirá, although the affirmative action that allows limiting the calls for the contracting process to MSMEs has been applied in some of the processes, it has a percentage of very low use by these economic actors, a fact that contradicts the spirit of the existence of this type of affirmative action within the framework of contractual regulation.

PALABRAS CLAVE

Mipyme, Igualdad material, Acción afirmativa, Limitación a la convocatoria

INTRODUCCION

Las Mipymes juegan un papel vital dentro de la economía de un país al punto de influir significativamente en indicadores macroeconómicos claves como el empleo, el producto interno bruto y la cantidad de empresas existentes en un Estado. Sin embargo, tradicionalmente en nuestra economía se han caracterizado por tener una corta supervivencia, siendo pocas las que alcanzan la fase de consolidación.

Esta particular fragilidad que presenta este nicho empresarial ubica a las Mipymes en una situación de desigualdad manifiesta ante los demás agentes empresariales que integran el mercado. El Estado dentro de las obligaciones propias impuestas en el marco del Estado Social de Derecho, tiene el mandato imperativo de propender porque las situaciones de desigualdad sean solucionadas y se avance hacia el ideal de alcanzar una igualdad material. El Estado cuenta con las herramientas necesarias para propender por esta igualdad material. Entre ellas se encuentra la institución jurídica de las acciones afirmativas, mediante las que tiene la oportunidad de legislar de forma diferencial otorgando privilegios a grupos que tradicionalmente se han encontrado en situaciones de desigualdad.

Al mismo tiempo el Estado mediante la contratación pública tiene en sus manos la posibilidad de implementar políticas económicas, en atención al gasto público, que lo convierte en uno de los agentes económicos con mayor capacidad de adquisición; y en el desarrollo de estas capacidades tiene a su alcance la posibilidad de crear medidas especiales que permitan a las Mipymes, acceder a un gran mercado; y al acceder a este logren fortalecerse, sobrevivir y alcanzar la fase de consolidación.

Y aunque el Estado Colombiano ha legislado creando medidas que propendan por lograr esta meta, no es claro si estas tienen el alcance suficiente para que las Mipymes hagan uso de ellas y materialicen el beneficio que pretendía el espíritu de la norma. En este escrito concretamente analizaremos si una de las acciones afirmativas contenidas en el estatuto de contratación, es utilizada de forma significativa por sus posibles beneficiarios para de esta manera cumplir con el objetivo que hace que este tipo de normas existan en el ordenamiento que regula la contratación pública.

Para este fin, analizaremos en primera instancia la definición de Mipyme, su importancia dentro de la economía y su papel dentro de la contratación pública. Luego se revisará el concepto de acción afirmativa y su participación dentro del régimen de contratación pública. Finalmente analizaremos como esta acción afirmativa es aplicada en la práctica, habiendo escogido como laboratorio de pruebas el municipio de Zipaquirá y la contratación que efectuó bajo la modalidad de selección abreviada durante el año 2.020; para determinar la eficacia de la norma en este caso particular.

PREGUNTA PROBLEMA

¿La acción afirmativa contenida en el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007, desarrollado en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto Único 1082 de 2.015, permitió una mayor participación por parte de las MIPYMES en la Contratación Publica en el municipio de Zipaquirá, en los procesos de selección abreviada de menor cuantía celebrados en el año 2.020?

OBJETIVO GENERAL

- Evaluar el efecto en la participación y adjudicación de contratos a MIPYMES, que tuvo la acción afirmativa que permitía limitar convocatorias a este tipo de empresas en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía en el municipio de Zipaquirá.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Identificar la importancia de las MIPYMES en la economía colombiana y sus dificultades para acceder a la contratación pública.
- Describir el concepto de acción afirmativa de acuerdo con la jurisprudencia y su aplicación dentro del Estatuto de Contratación.
- Analizar la efectividad de las convocatorias limitadas a las MIPYMES, durante el año 2.020 en la modalidad de contratación de selección abreviada en el municipio de Zipaquirá.

DISCUSION

1. LAS PYMES Y SU IMPORTANCIA EN LA ECONOMIA COLOMBIANA

El termino Pyme se ha venido acuñando hace ya varios años en la teoría económica y luego de su inserción en el ámbito económico, el termino trascendió a ámbitos normativos y a ser parte integral de las políticas económicas y sociales de los Estados.

No hay un acuerdo generalizado respecto a la definición de Mipyme y la principal razón que no exista unanimidad en la definición del término; es que este ha sido abordado en una gran cantidad de legislaciones y los criterios que determinan la clasificación de una empresa en micro, pequeña, mediana o grande; dependen del Estado donde se efectuó la clasificación y el hábitat económico en que la empresa lleva a cabo su operación. No obstante lo anterior, una definición amplia de las Pyme indicaría que: *“es una unidad económica productora de bienes y servicios, dirigida por su propietario, de una forma personalizada y autónoma, de pequeña dimensión*

en cuanto a número de trabajadores y cobertura de mercado” (Cardozo, Velasquez de Naime, & Rodriguez Monroy, 2012).

El necesario desarrollo de la definición normativa del término Pymes, obliga a que de acuerdo con las características del ámbito económico de cada Estado se utilizaran diferentes criterios para poder llevar a cabo una clasificación exitosa y que efectivamente pudiera seccionar de manera objetiva las empresas en micro, pequeñas, medianas y grandes. Diferentes criterios han sido utilizados para llevar a cabo la segmentación, siendo los mas recurrentes los de la cantidad de empleados, el nivel de ventas anuales y el valor de los activos. (Orueta).

Una de las definiciones sobre Pymes, más aceptada y unificada es la existente en la regulación aplicable para la Unión Europea. El artículo 2 del anexo I del Reglamento (UE) N° 651/2014 de la Comisión, la cual adopto como criterios para clasificación los tres mencionados en el párrafo anterior, haciendo uno de ellos obligatorio y siendo optativo entre uno de dos el segundo criterio requerido. Así entonces, la clasificación de Pymes se da para aquellas empresas que ocupen menos de 250 empleados y sus ingresos anuales no exceden de 50 millones de euros o el balance general anual no excede de 43 millones de euros. Posteriormente la norma entra a distinguir como para quienes cumplan los dos criterios para clasificarse como pymes, existe una subclasificación que permitirá que estas se categoricen como microempresa, pequeña empresa o mediana empresa.

La relevancia que tiene el realizar una clasificación de las empresas consiste en que: *“garantiza una correcta focalización y un direccionamiento adecuado de los recursos institucionales y financieros del sector público”* (Nieto, Timote, Sanchez, & Villareal, 2015). Es con base en esta clasificación que los gobiernos y legisladores pueden diseñar políticas públicas direccionadas a fortalecer las Mipymes, teniendo en cuenta el rol fundamental que juegan dentro del sistema económico.

Ese rol fundamental que tienen las Mipymes dentro la economía de un Estado, radica en la capacidad que tienen de generar emprendimientos, siendo prueba de ello el amplio porcentaje de participación que presentan entre la cantidad de empresas existentes. Al igual, son el segmento empresarial que genera la mayor cantidad de empleos dentro de la economía. Y finalmente su productividad tiene un importante aporte en el PIB, que se genera para un Estado. Como lo indica Orueta: *“El peso tanto económico como social de las Mipymes es no solamente importante, sino fundamental. No existe ningún país en el mundo de economía liberal que no dependa de manera significativa e insustituible de sus Mipymes, tanto en el aporte económico como en el empleo”* (Orueta).

Los tejidos empresariales de un país se componen de una gran cantidad de Mipymes, que rodean y dan apoyo a las grandes empresas, además de satisfacer necesidades de bienes y servicios de la comunidad a nivel local. Esta importancia se ve reflejada en indicadores que muestran que la cantidad de empresas perteneciente a las Mipymes en Latinoamérica oscila entre el 95% y el 99%. (Orueta). El tejido empresarial en Colombia se encuentra formado en una inmensa mayoría por las micro, pequeñas y medianas empresas, mientras que las grandes empresas del país ocupan un porcentaje minoritario en la cantidad de compañías que operan en el país.

Por otra parte, las Mipymes son el sector empresarial que genera la mayor cantidad de empleos dentro de la economía, ya sea mediante puestos de trabajo formales, informales o autoempleos en el caso de las microempresas. Como valor agregado en cuanto a la oferta de empleo provista por las Mipymes, es que esta generalmente tienen la propiedad de estar mejor distribuidas geográficamente que las grandes empresas, pues al contrario de estas, que tienden a ubicarse en zonas demográficamente densas, las Mipymes se dispersan por todo el territorio nacional

y con ello tienen un gran aporte en reducir las diferencias de oferta de empleo que se presentan entre los centros urbanos de mayores poblaciones y zonas de menor cantidad de habitantes o de tipo rural. Adicionalmente son las Mipymes las encargadas de absorber gran parte de la mano de obra no calificada, siendo principales empleadoras de personas pobres o en riesgo de pobreza. (Vasquez & Arredondo, 2014)

Teniendo en cuenta el importante peso descrito que tienen dentro de la cantidad de empresas y en la generación de empleo, su aporte a la generación de riqueza dentro del Estado es significativo, adicionando de forma importante al producto interno bruto

Para el caso colombiano se indica que las Mipymes, se encargan de generar el 80% del empleo del país y corresponden al 90% del sector productivo nacional. (El Tiempo, 2021). Teniendo en cuenta su trascendental importancia dentro de la economía nacional, la normativa ha venido evolucionando para brindar herramientas a los ejecutores de políticas públicas que permitan gestionar herramientas de apoyo de tipo financiero o beneficios que permiten que el sector Mipyme se fortalezca.

Describiendo la evolución normativa que acuñó el término para el caso colombiano, en primer lugar, encontramos la ley 590 de 2.000, cuyo objeto era promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas. En esta norma se definieron como criterios clasificadores de las Mipymes el número de trabajadores totales, el valor de ventas brutas anuales y el valor de activos totales. También se resalta que en el artículo 12° de la ley, ya se legislaba respecto a la concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.

El siguiente desarrollo normativo se reflejó en la ley 905 de 2.004, con la que se modificó la ley 590 de 2.000. En esta norma se mantuvieron los criterios adoptados inicialmente en la ley 590 de 2.000, sin embargo, para el caso de las medianas empresas se amplió su espectro al elevar el monto de activos hasta 30.000 s.m.m.l.v.

Posteriormente la ley 1151 de 2.007, plan nacional de desarrollo 2.006-2.010, modificó los criterios mediante los que se realizaba la clasificación pues estos no estaban siendo tomados en cuenta por algunos sectores económicos, en especial el sector financiero quien había establecido criterios de uso interno para clasificar las compañías y segmentar su acceso al crédito. (Nieto, Timote, Sanchez, & Villareal, 2015) Aunque la ley nunca llegó a ser reglamentada, propuso como criterio de clasificación una combinación entre las siguientes: número de trabajadores permanentes y valor de ventas brutas; número de trabajadores permanentes y activos totales o número de trabajadores permanentes y valor de las ventas brutas anuales y activos totales. Como lo mencionan Nieto, Timote, Sánchez & Villareal, *“debido que por sus características individuales existía un grupo de empresas que no cumplían de manera conjunta con alguna de las combinaciones expuestas en los anteriores numerales la aplicación de la definición no se pudo materializar vía decreto reglamentario”* (Nieto, Timote, Sanchez, & Villareal, 2015).

Ante esta dificultad el siguiente plan de nacional desarrollo, para los años 2.010 a 2.014, reflejado en la ley 1450 de 2.011, mediante el artículo 43 se encargó de dar nuevamente las directrices sobre las cuales debía fijar el reglamento la clasificación de las empresas, dejando como criterios de posible utilización el del número de trabajadores totales, el valor de ventas brutas anuales o el valor de activos totales. Estos criterios, aunque fijados en su momento, quedaban a espera de la reglamentación por parte del ejecutivo, manteniendo vigentes mientras la misma se daba, los inicialmente contemplados en la ley 590 de 2.000 modificada por la ley 905 de 2.004.

Finalmente el ejecutivo en uso de su potestad reglamentaria mediante decreto 1074 de 2.015, posteriormente modificado por el decreto 957 de 2.019, definió como criterio actual de clasificación los ingresos obtenidos por actividades ordinarias anuales, pero ya elaborando una clasificación diferencial por sector económico, diferenciando el sector manufacturero, el sector del comercio y el sector de servicios; corrigiendo con esto posibles distorsiones que se podían dar en la clasificación al ignorar el modelo de negocio en el que se desempeña la Mipyme el cual según la actividad en que se desenvuelva necesariamente va a afectar el tamaño de la empresa.

Como hemos hecho énfasis, la clasificación de las Mipymes es importante porque permite direccionar de manera adecuada recursos públicos destinados a fortalecerla, así como beneficios que propenda por facilitar su sobrevivencia en el hábitat económico en que se desenvuelven. Precisamente una de las herramientas con las que cuenta el Estado para desarrollar sus políticas económicas es el gasto que puede realizar para prestar los servicios que debe proveer a sus ciudadanos, así como los bienes que requiere para su operación. Esta herramienta de tipo económico se materializa mediante la contratación pública. El Estado ha tratado de incorporar dentro del régimen de contratación pública, instrumentos que permitan a las Mipymes obtener una tajada del gran pastel de recursos que se mueven en la contratación pública. Sin embargo, aunque sería supremamente importante para las Mipymes participar activamente en este mercado, la realidad indica que existen diferentes factores que no permiten que estas logren incursionar plenamente en la contratación pública.

ACOPI, es la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas empresas. En un estudio reciente titulado “Mipymes y compras publicas en Colombia”, identificó cuales eran los principales obstáculos que visualizan las empresas

pertenecientes a esta clasificación para poder participar de lleno como proveedores del Estado Colombiano. Las conclusiones del estudio arrojaron que un porcentaje minoritario de ellas se encuentra registrada en el registro único de proponentes (RUP) y usan plataformas de búsqueda de oportunidades como el uso del SECOP II. Adicionalmente relativo al proceso de selección del contratista la encuesta mostró que los empresarios Mipymes perciben que el proceso no goza de transparencia, es un proceso complejo, con costos altos y con periodos largos para materializarse, y en otros casos un desconocimiento total del proceso. Cabe destacar especialmente la siguiente conclusión del estudio *“que a pesar de que varias políticas y normas publicas hablan de la importancia y hasta la obligatoriedad de que las Mipymes tengan acceso a las CP, no hay claramente definido un porcentaje mínimo para ello, con lo cual dichas intenciones pueden ser satisfechas con participaciones bajas y esporádicas”*. (Galvez Albarracin & Quiñonez Rizo, 2019)

A continuación, presentaré una de las instituciones jurídicas con las que cuenta el Estado para conseguir el objetivo de mediante la herramienta de contratación publica fortalecer al sector de las Mipymes, como son las acciones afirmativas.

2. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

El concepto de acción afirmativa de reciente incorporación en nuestro ordenamiento jurídico con la proclamación realizada en la Constitución Política de Colombia como un estado social de derecho, es una de las instituciones jurídicas consagrada en la carta superior que permitirá al Estado alcanzar los fines esenciales consagradas en el artículo 2° Constitucional. Naturalmente, la regulación de la contratación pública no es ajena a los derechos consagrados en la Constitución Política, e indudablemente el tema en el que nos encontramos inmersos atañe al derecho a la igualdad, dadas las condiciones especiales que se crean para un cierto tipo de empresas con características específicas en cuanto a lo económico, que

aparentemente pondrían en situación de desventaja a aquellos grupos que no se encuentran entre estas empresas. Ante esto debemos preguntarnos si ¿Ha permitido nuestro ordenamiento que mediante cierto tipo de normatividad se creen incentivos que favorezcan los intereses de grupos específicos? ¿No sería una medida jurídica de este tipo una evidente violación al principio a la igualdad?

Para resolver estas cuestiones, debemos entonces acercarnos a la definición jurídica de la igualdad, una de las grandes pretensiones y objetivo último del derecho. Para el profesor Ronald Dworkin: *“la igualdad es el derecho de cada hombre a que se lo trate con equidad, sin tener en consideración su persona, su carácter o sus gustos, queda validado por el hecho de que nadie puede asegurarse una posición mejor en virtud de que es diferente en algunos aspectos”*. (Dworkin, 1989).

El ya clásico enunciado que pretenden todas las proclamas de derechos existentes, que indica que todos los hombres somos iguales, ha sido una de las grandes aspiraciones de diferentes ordenamientos jurídicos desde las épocas de revolución. Nuestra carta superior refleja en su artículo 13° este derecho y se ha desprendido de este enunciado, no solamente la igualdad ante la ley, sino la necesidad imperiosa que la ley permita que esta igualdad se materialice. Tal vez, nada desglose mejor este concepto que la frase que indica que la igualdad consiste en tratar de manera igual los iguales y tratar desigual a los desiguales. La Corte Constitucional ha indicado que *“la correcta aplicación del derecho a la igualdad no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”* (Sentencia C 862, 2008)

La doctrina y la jurisprudencia han sabido distinguir estas dos variedades de igualdad, como igualdad formal e igualdad material. La igualdad formal, definida

como aquella referente al postulado que indica que todos los seres humanos debemos ser tratados de manera igual ante el ordenamiento jurídico, y ante los mismos supuestos facticos corresponderá el mismo trato tanto al individuo A como al individuo B. Pero también el ordenamiento jurídico es consciente y conocedor de las diferencias existentes en la comunidad que busca regular. Diferencias de tipo social, económico y cultural se presentan constantemente y es acá donde cobra relevancia el concepto de igualdad material, donde se impone al Estado la carga de concretar la real igualdad, permitiendo medidas especiales que favorezcan estos actores quienes tradicionalmente se han encontrado en situaciones de desventaja, haciendo que efectivamente se brinde ese “tratamiento desigual entre los no iguales” y que además se haga valido el postulado que indica que: *“la igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad”* (Sentencia D-006, 1992)

En cuanto al bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, son diferentes instrumentos internacionales los que refuerzan no solo la obligatoriedad sino al mismo tiempo la necesidad de propender por acciones cuyo fin sea el alcanzar esa igualdad material. Inicialmente como ejemplos de proclamación de la ya definida igualdad formal, encontramos la declaración universal de los derechos humanos, la cual en su artículo 1° indica que: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. También, la Convención Interamericana de los derechos humanos en su artículo 24, fija el principio de la igualdad como guía necesaria para alcanzar justicia y equidad, así indica que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

Los instrumentos internacionales no solamente dieron el paso en señalar la igualdad como uno de los pilares de la sociedad, sino que también promulgaron directrices para que esta igualdad se concrete. Tradicionalmente algunos de los grupos

sociales que no han sido tratados en condiciones de igualdad se han visto favorecidos por esta normatividad que propende para que jurídicamente existan las herramientas que permitan nivelarlos frente a quienes han gozado históricamente de privilegio en sus derechos. Ejemplo de lo anterior, es la discriminación que se presenta debido al sexo del individuo, y que se puede detectar con el simple hecho de comparar la evolución histórica entre el trato que se ha dado a hombres frente a mujeres, o por otro lado la discriminación presentada por razón de la naturaleza, como es el caso de aquellas personas con discapacidades físicas frente a quienes gozan del pleno de las capacidades físicas que dispone la naturaleza. Esta nivelación en aras de materializar la igualdad se ve reflejada en instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, los anteriores como muestra del propósito de garantizar la igualdad de género. De otra parte, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, son ejemplo de normas con objetivo de otorgar herramientas que faciliten el acceso a derechos fundamentales a quienes se encuentran en estado de discapacidad física.

Las acciones afirmativas surgen entonces como una respuesta a las restricciones que se presentan en la sociedad para alcanzar efectivamente una igualdad material y que el Estado, en especial con la conminación que implica la nominación de Estado Social de Derecho, se encontraba en la obligación de poder franquear estos obstáculos utilizando herramientas jurídicas que permitan alcanzar tal fin.

Doctrinalmente las acciones afirmativas han sido definidas como *“cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la*

discriminación se reproduzca en el futuro” (Santiago, 2007). El concepto también ha sido definido en nuestra jurisprudencia de la siguiente manera: *“son políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado tenga mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas”* (Sentencia C 371, 2000). También teniendo en cuenta que la naturaleza de la acción afirmativa es permitir a individuos que, en condiciones normales frente al resto de la población, no podrían acceder a cierto tipo de bienes la Corte Constitucional las definió así: *“Son pues, instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez”* (Sentencia T-500, 2002).

A través de la historia la sociedad se ha caracterizado por menospreciar diferentes colectivos, teniendo en cuenta criterios de raza, posición económica, sexo, entre otros. Pero al mismo tiempo la evolución que ha tenido el derecho en aras de garantizar los principios de equidad e igualdad para estos colectivos; permitió que se crearan, desarrollaran y perfeccionaran las acciones afirmativas incorporándolas en diversos ordenamientos jurídicos.

Aunque la generalidad es que al concepto de acción afirmativa se le atribuya su origen en los Estados Unidos, existe evidencia que, sobre finales del siglo XIX, la India tuvo un par de manifestaciones en las que se esbozó la aplicación del concepto. La primera de ellas correspondió al reservar cupos en instituciones educativas para individuos no pertenecientes a la clase mayoritaria denominada *Brahmines*, garantizando el acceso al sistema educativo a quienes se encontraban excluidos socialmente dentro de un sistema de clases tan rígido como el hindú, caracterizado por la existencia de castas que imponían un estricto orden jerárquico

(Sanchez, 2014). La segunda de ellas corresponde a la alusión de la medida durante la participación de la India durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Bolaños, 2016).

No obstante, a la anterior referencia histórica, como ya se señaló la generalidad de estudios relativos al origen de las acciones afirmativas apunta a los Estados Unidos de Norteamérica. La historia de los Estados Unidos ha visto librar a sus ciudadanos batallas contra la discriminación racial, la cual aún a la fecha impregna a la sociedad norteamericana. Un hito histórico común señala a la orden ejecutiva N° 10925, emitida en marzo de 1.961 por el presidente John F Kennedy, donde se dispuso: *“la adopción de acciones afirmativas en el ámbito laboral para así hacer frente a las practicas generalizadas de discriminación racial, religiosa y étnica”* (Bolaños, 2016). A partir de esta piedra angular para el concepto, inmersa en el ámbito laboral, el concepto también se fue trasladando al ámbito educativo, favoreciendo la creación de cupos especiales a favor de sectores integrados por afrodescendientes y los tribunales norteamericanos fueron perfeccionando el concepto y sus alcances.

Gracias al *common law* norteamericano, la resolución de diferentes casos fue enriqueciendo la definición de la acción afirmativa. Así históricamente destacan casos como el de la University of California Regents vs Bakke, en el que un hombre de raza blanca presenta su queja ante la Corte Suprema de Justicia al no poder ingresar a estudiar teniendo mejores promedios de notas que otros miembros de la comunidad afroamericana que lograron acceder al cupo universitario, precisamente por la aplicación de una política de admisiones que favorecía a integrantes de esta comunidad. En esta ocasión. La Corte Suprema indico que la legislación no prohibía crear programas con contenidos de acciones afirmativas, siempre y cuando estos persiguieran un fin que justificara la medida tomada en favor de las minorías. (Bolaños, 2016). Las discusiones posteriores en los estrados norteamericanos no solamente crearían el precedente de la procedencia de las acciones afirmativas,

sino que además irían fijando sus elementos y pautas de criterios mínimos para aplicarlas.

Los precedentes sentados por la jurisprudencia internacional finalmente vinieron a consolidarse en nuestro país con la expedición de la Constitución Política de 1.991 y a medida que la actividad legislativa fue avanzando en la expedición de leyes que contuviesen la acción afirmativa como herramienta para garantizar la igualdad material de grupos excluidos tradicionalmente, se hizo necesaria la intervención de la Corte Constitucional para ir delineando el marco de elementos que debían contener las acciones afirmativas para que no violentaran el derecho a la igualdad de aquellos grupos que se encontraban en el extremo contrario a aquellos que se veían beneficiados por la acción afirmativa.

Se han destacado como elementos de las acciones afirmativas la existencia de una desigualdad manifiesta, deben ser transitorias y temporales, deben estar encaminadas a corregir tratos discriminatorios, deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, se implementan en situaciones de escasez de bienes o servicios y son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas por lo que no son válidas si se aplican de forma general (Corte Constitucional, 2019). Mientras que el autor Elard Bolaños señala como elementos de las acciones afirmativas los siguientes: *“La existencia de una desigualdad manifiesta, el objetivo de eliminar la desigualdad existente, la temporalidad de la medida y la no restricción indebida de los derechos de los grupos no beneficiados con la medida”* (Bolaños, 2016)

Llevando a cabo un análisis comparativo entre las dos propuestas de elementos encontramos como coincidentes la temporalidad y transitoriedad de la medida y la corrección o eliminación de un trato discriminatorio o desigualdad existente. La coincidencia entre estos dos sencillamente nos confirma que las acciones

afirmativas no pueden ser perpetuas, pues precisamente su espíritu es que en algún momento la desigualdad que dio origen a la acción afirmativa sea solucionada y se concrete la igualdad material que persigue. Por otro lado, el surgimiento de la misma procede de la identificación de un menoscabo que está sufriendo un grupo poblacional ante el que la sociedad no toma acción alguna y que corresponde al derecho mediante el uso de esta herramienta entrar a corregir o eliminar de tajo. Podríamos entonces decir que son este par de elementos el corazón de la acción afirmativa. Pero adicionalmente encontramos los demás elementos aportados que son complemento del “core” de la acción afirmativa. Así entonces, en la manifestación de la Corte se hace énfasis en el manto que las debe cubrir, que no es otro que el principio de legalidad, en el caso de su origen legal y la presunción de legalidad en el caso de aquellas que han sido emanadas de actos administrativos. Luego mencionemos que su origen radica en la identificación de situaciones de escasez de bienes o servicios, los cuales son de difícil acceso para aquellos que se encuentran en situación de desigualdad o discriminación y que sin la existencia de la acción afirmativa serían inaccesibles para estos grupos, y contrario sensu en situación de abundancia y facilidad para obtener hacen que la medida carezca de espíritu. Respecto al favorecimiento de un determinado grupo de personas, y su invalidez si la aplicación es en general; se debe reiterar que, de no ser así, la medida no impactaría directamente en el alcance de la igualdad material y sería una norma obtusa de ser así. Por otra parte según Bolaños la existencia de una desigualdad manifiesta, implica que se lleve a cabo la identificación de tres parámetros específicos, para la validez de la medida: *“la existencia de un grupo como entidad individualizable, la existencia de ámbitos relevantes en el desarrollo de las personas que conforman el grupo o en el ejercicio de sus derechos y que el grupo identificado ha sido excluido por cierto tiempo del ámbito relevante identificado o de la no posibilidad de ejercitar el derecho del que han sido excluidos”* (Bolaños, 2016). Como último elemento encontramos uno de los que en la jurisprudencia norteamericana tuvo importante desarrollo, y es que la acción afirmativa no debe impedir totalmente el acceso a los beneficios o restringir los derechos de quienes no pertenecen al grupo del cual son los beneficiarios. En el

caso de Firefighters Local Union No 1784 v. Stotts, el Supremo tribunal norteamericano manifestó que no por el hecho de concretar una medida afirmativa, sería valido que se despidiese una persona de raza blanca para enrolar en su lugar a un afrodescendiente. Una importante definición de lo anterior es que: *“las acciones afirmativas pueden “obstaculizar” para los individuos no pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, el acceso al empleo, una plaza universitaria, etc., pero no pueden “impedirlo”*”. (Alemany, 1999)

Ahora bien, del análisis jurisprudencial se ha desprendido que la herramienta jurídica de la acción afirmativa es el género, pero de estas existen por lo menos tres especies. En Sentencia T-500 de 2.002, la Corte Constitucional se vio obligada a estudiar las acciones de tutela que instauraron las trabajadoras de Ecopetrol al no permitírseles que sus esposos gozaran de los mismos beneficios que por el contrario si gozaban las esposas de los trabajadores de la compañía. En esa ocasión se debió estudiar la vulneración al principio a la igualdad de las trabajadoras de Ecopetrol, adicionalmente enfatizada en uno de los “criterios sospechosos” de discriminación como es el sexo. En el análisis del problema jurídico planteado la corte distinguió las tres especies de acciones afirmativas: las acciones de concientización, las acciones de promoción y las acciones de discriminación inversa. En su orden cada especie entra a reñir de manera más explícita con la igualdad entendida en su sentido material y es por esto por lo que dependerá del grado con el que el juez constitucional adelante el análisis de la constitucionalidad de la acción afirmativa. (Corte Constitucional, 2002)

La Corte Constitucional en la misma sentencia en referencia, describió cada especie de acción afirmativa. Señalo que las acciones de concientización tienen como fin formar y sensibilizar el auditorio a quien se dirigen sobre un problema. De otra parte, señalo que las acciones de promoción pretenden impulsar la igualdad mediante incentivos, beneficios de tipo fiscal, becas, generando una interrelación entre el sujeto beneficiario de la medida y quien ejecuta la acción deseada. Finalmente

indico que la especie que puede entrar en mayor conflicto frente a la igualdad formal es la de las acciones de discriminación inversa, también conocidas como de discriminación positiva. En este tipo de acciones grupos tradicionalmente marginados en razón al sexo, raza, clase socioeconómica, profesión, orientación sexual, entre otras son beneficiarios de la medida, haciendo énfasis en que los criterios discriminatorios definen quienes acceden a la medida. (Corte Constitucional, 2002)

Cabe indicar que esta misma clasificación la uso la Corte Constitucional en el análisis del famoso caso de los recicladores, en el que cuando el negocio del reciclaje se puso interesante en materia económica, capital privado trató de desplazar una tarea que tradicionalmente había sido desempeñada por este grupo notoriamente discriminado por razones socioeconómicas. En esta ocasión la Asociación de Recicladores pretendía el cumplimiento de la sentencia T-274 de 2.003, en la que se exigió incluir acciones afirmativas en favor de la población de recicladores de Bogotá. y la Corte Constitucional debía entrar a revisar si la no inclusión de estas medidas atentaba contra la igualdad material, reiterando la existencia de las especies de acciones afirmativas y que su importancia de distinguirlas radica en la rigurosidad con la que se debe llevar a cabo el test de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la medida adoptada. (Corte Constitucional, 2011)

El Estatuto de Contratación Pública y sus reglamentos no han sido ajenos al concepto de la acción afirmativa, la construcción doctrinal del concepto y su evolución jurisprudencial. Como hemos manifestado reiterativamente, el concepto de acción afirmativa se encuentra ligado íntimamente al derecho a la igualdad. Esta igualdad se encuentra también como principio guía de la contratación pública concatenada a su vez con el principio como la libre concurrencia y la selección objetiva que son pilares del régimen de contratación pública. En primera instancia debemos mencionar el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana en el que

en su primer inciso y en concordancia con el ya mencionado artículo 13 del mismo texto, indica como el principio de igualdad es uno de los principios bajo los cuales se debe desarrollar la función administrativa. De igual manera se ha indicado que: *“El principio de igualdad implica el derecho de participar en un procesos de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás”* (Villamizar, Delgado, & Bayona, 2019).

Por otro lado la jurisprudencia ha señalado que en materia de contratación pública el principio de igualdad se concreta en el derecho a la libre concurrencia, manifestando que: *“El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”* (Radicación No. 11001-03-26-000-2002-0032-01, 2003). Lo anterior refleja la obligatoriedad que la administración en las necesidades de contratación que surjan para dar cumplimiento a sus fines debe garantizar que aquellos que se encuentren en condiciones de carácter jurídico, económico y técnico de suministrarlas, tengan igualdad oportunidad de participar en el proceso mediante el cual se lleve a cabo la contratación. Al mismo tiempo es importante que las condiciones que encierra la modalidad de contratación seleccionada por la administración no contengan requisitos que son innecesarios para garantizar el cumplimiento eficiente del objeto contractual y que simplemente obedezcan a criterios que a las claras ponen en desventaja a posibles oferentes, evitando con esto que ´participen libremente y en igualdad de condiciones durante el proceso de selección.

Pero al mismo tiempo hay que mencionar que la Corte Constitucional ha señalado que está libre concurrencia no goza entre sus características de ser absoluta, sino

que *“admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de las posibilidades que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal”*. (Sentencia C-713, 2009). De acuerdo con la jurisprudencia, esta característica de la libre concurrencia de no ser absoluta, sino relativa y permitir que existan excepciones legales a su aplicación, abre paso para dar cabida a la posibilidad que mediante acciones afirmativas se ponga en ventaja a ciertos grupos tradicionalmente marginados frente a otros posibles proponentes, que podrían ver menguada su igualdad y libre concurrencia en la participación dentro del proceso de selección por alguna acción afirmativa. También la jurisprudencia ha puesto en claro que: *“los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados”* (Sentencia C-862, 2008). El respaldo jurisprudencial abre la puerta para que el legislador pueda de acuerdo con las políticas sociales, económicas y de integración de colectivos tradicionalmente marginados, incorporar en el estatuto contractual medidas de este tipo, sin que entren a reñir con postulados esenciales regidores de la contratación pública.

La normatividad en contratación pública ha incluido acciones de carácter afirmativo a fin de lograr materializar la igualdad para estos colectivos en condición de debilidad manifiesta frente a otros individuos que se encuentran en posibilidad de presentarse en los procesos de selección de contratistas. Como ejemplos de lo indicado podemos observar el artículo 24 de la ley 361 de 1.997, el cual en su literal a, indica lo siguiente:

Art. 24. Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad tendrán las siguientes garantías:

- a) *A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;*
- b)

Vemos en esta norma el reflejo de una acción afirmativa de la especie de discriminación positiva, en favor del colectivo de los discapacitados, mediante la cual se busca crear oportunidades de empleo adicionales para este colectivo, ofreciendo un incentivo a posibles oferentes del sector privado que con el ánimo de obtener la adjudicación dentro del proceso de selección generan puestos de trabajo para este colectivo.

También vía jurisprudencial se ha exigido por parte del máximo tribunal Constitucional la implementación de acciones afirmativas en favor de un grupo poblacional que tradicionalmente se ha encontrado en situación de marginalidad en nuestra sociedad como es el de los recicladores. La exclusión a este colectivo en nuestra sociedad se ha visto enfatizada por su situación socioeconómica desconociendo el importante servicio y rol que han jugado dentro de nuestra sociedad e inclusive queriendo borrar de un plumazo con la actividad que han desempeñado. En aquella ocasión la Asociación de Recicladores de Bogotá, mediante acción de tutela reclamo una violación a su derecho a la igualdad, reclamando que el pliego de condiciones con el que se adjudicarían ciertas actividades relacionadas con el reciclaje estaba diseñado para favorecer un grupo específico de particulares, y no se acompañaba de medidas afirmativas que protegieran a este colectivo, poniéndolos a competir en igualdad de condiciones con grupos económicos de mayor musculo financiero. La decisión de la Corte Constitucional de tutelar el derecho a la igualdad de los recicladores adicionó

además una exhortación al Consejo Distrital de la ciudad de Bogotá a que a futuro incluyese acciones afirmativas a favor de los grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieren especial protección por parte del Estado, reconociendo que el Estatuto de Contratación no cuenta en su articulado con una norma puntual que exija la implementación de este tipo de acciones, pero que en aras de hacer valer una norma de superior alcance como el artículo 13 Constitucional, es imperativo que sean implementadas pues de no ser el caso resultarían perjudicados estos colectivos. (Sentencia T-724, 2003)

En el plano internacional destacan las medidas de acción afirmativa consagradas en la Unión Europea, mediante la directiva 2014/24/UE del parlamento Europeo y en la que se incluyeron medidas a favor de las Mipymes, entre otras: “a) la división del contrato en lotes, b) la limitación de los requisitos de solvencia que han de cumplir los operadores económicos, c) la acreditación del cumplimiento de las condiciones exigidas para acceder a la licitación a través de la presentación de una declaración responsable y d) el pago directo a los subcontratistas” (Gomez Fariñas, 2020). De acá debemos resaltar una medida interesante para que en algún momento pudiese ser considerada en nuestro ordenamiento de contratación público y es la referente a la división del contrato en lotes. Esta medida permite que contratos de gran magnitud sean fraccionados para que empresas que no alcanzarían de ninguna manera a cumplir los requisitos de capacidad económica y organizacional para ejecutar un contrato de este tamaño, participen en una fracción de este, para la cual si logran acreditar los requisitos y de esta manera el tamaño del contrato no los excluya del proceso licitatorio.

También en España la ley de contratos del sector público, ley 9 de 2017 en su preámbulo hace especial énfasis en como la norma busca facilitar la participación de las PYMES, imponer una menor burocracia y mejor acceso para las PYMES y utilizar la contratación publica como un instrumento para promocionar las PYMES. (Gobierno de España, 2017)

Luego de los ejemplos de acción afirmativa dentro de la contratación pública, tanto a nivel local como internacional, finalmente llegamos a la norma objeto de nuestro análisis, el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007, denominado inicialmente “*de la promoción del desarrollo*” y luego con la modificación que efectuó el artículo 34 de la ley 2069 de 2.020, se denominó “*promoción del desarrollo en la contratación pública*”. La norma tiene como fin el implementar una acción afirmativa en favor de las MIPYMES dentro del proceso de selección del contratista, ratificado por la citación expresa dentro del texto de la norma, del artículo 13 de la Constitución Política, como criterio para materializar la igualdad. Cabe mencionar que el legislador en este artículo establece criterios de acción afirmativa en favor de colectivos tales como la población en extrema pobreza, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional; como otros de los colectivos tradicionalmente discriminados a los que la norma busca equiparar en condiciones frente a proponentes que ante condiciones similares gozan de ventajas para ser seleccionados en la fase precontractual.

La norma en comento nos indica lo siguiente:

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.

PARÁGRAFO 1o. *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 2o. *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 3o. *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.*

De acuerdo con la explicación teórica que hemos venido realizando respecto a las acciones afirmativas, debemos indicar que esta pertenece a la especie de medidas de discriminación positiva. Entre los ejemplos de grupos discriminados hemos acudido a la raza, el sexo, la orientación sexual, la condición socioeconómica, entre otras; más no, a una clasificación basada en criterios económicos para empresas. La Corte Constitucional nos da luces del porque este grupo de empresas se encuentra en condiciones por las que merece ser sujeta de una medida de este tipo. En sentencia C-862 de 2.008 el máximo juez constitucional indicó porque este grupo empresarial se hace acreedor a este tipo de medidas mencionando que estas: *“por su condición de debilidad en el mercado y por su importancia para generar fuentes de trabajo a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, han sido*

objeto de fomento y apoyo especial por parte del Estado” (Sentencia C 862, 2008). La exclusión de los beneficios que brindaba la norma para aquellas Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera, fue objeto de declaración de inexecutable en esta providencia, puesto que el legislador no tuvo la carga argumentativa suficiente para acreditar por qué se negaría el acceso a los beneficios a este tipo de empresas pertenecientes a este sector empresarial, violando a las claras el artículo 13 de la Carta Superior.

En cuanto a los elementos que contiene una acción afirmativa, debemos indicar que el artículo 12 de la ley 1150 de 2007, consta en su gran mayoría de los ya descritos en este ensayo. En primera instancia la norma goza de tener el espíritu de pretender eliminar una desigualdad existente, pues en el análisis teleológico de la norma lo que pretende es permitir que las Mipymes en procesos de selección puedan tener la posibilidad de que se limite la escogencia entre empresas de su mismo tipo, poniéndolas a competir en condiciones de igualdad, que no se darían si debieran competir ante las grandes empresas. En segundo lugar, es claro que también la norma goza del manto de legalidad que le confiere el haber sido emanada por el legislador. En tercer lugar, aunque la contratación pública es un importante renglón en la economía nacional, no estamos desacertados en indicar que en la práctica las oportunidades para contratar con el Estado están restringidas y por tanto nos encontramos ante una situación de escasez, escasez de oportunidades para contratar con el estado, que como elemento de las acciones afirmativas hace que la pertinencia de la medida se justifique. En cuarto lugar, existirá favorecimiento para un determinado grupo de personas, condición que se cumple al abstraer a las grandes empresas de la medida y siendo destinada exclusivamente para las empresas catalogadas como medianas, pequeñas y microempresas. Finalmente, como quinto elemento de la medida, la norma respeta el no restringir los derechos de quienes no son beneficiados, pues finalmente existe la posibilidad que de no ser presentada la solicitud por parte de dos Mipymes que el proceso sea limitado a su sector, los demás oferentes podrán continuar en la fase de selección. Cabe indicar

que la acción afirmativa en análisis no cumple con todos los elementos mencionados tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; pues puntualmente la herramienta creada en esta ley no es expresa en cuanto a la temporalidad de la medida, y tan es así que la medida surgida en 2.007 se encuentra aún vigente en nuestro ordenamiento.

A continuación, entraremos a revisar la efectividad de la medida para una modalidad de contratación específica.

3. ANALISIS DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2.007 EN LA MODALIDAD DE SELECCIÓN ABREVIADA EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA EN EL AÑO 2.020.

Como se describió anteriormente el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007, es una acción afirmativa con objetivo claro de fortalecer la participación de las Mipymes en la contratación pública. Este artículo tiene su desarrollo reglamentario en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 en el decreto único reglamentario 1082 de 2.015. En los artículos referenciados inicialmente se establecían dos requisitos para limitar la convocatoria a las Mipymes en las modalidades de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos. El primero de ellos es que el proceso no superara la suma de \$125.000 USD, con una tasa de cambio especial determinada por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio. El segundo requisito exigía que por lo menos tres Mipymes, requirieran con anterioridad de un día hábil a la apertura del proceso de licitación solicitaran que la convocatoria fuese limitada a este tipo de empresas. Por otro lado, el artículo 2.2.1.2.4.2.3, otorgaba la posibilidad a las entidades públicas a que limitasen la convocatoria a empresas domiciliadas en el departamento o municipio donde el contrato se ejecutaría.

Es importante aclarar que mediante el artículo 34 de la ley 2069 de 2.020, se presenta un decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2, que pierde su fuerza ejecutoria

al solicitar que nuevamente se reglamente el mismo, regulación que a la fecha no se ha dado. De manera rápida, cabe indicar que al hacer un análisis de la modificación contenida en el artículo 34 de la ley 2069 de 2.020, se presentan dos modificaciones significativas a la normatividad anterior. La primera de ellas consiste en ampliar el rango a todas las modalidades de contratación pública, que podrían ser limitadas a las Mipymes; recordando que anteriormente estaba limitada a la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos. La segunda de ellas es la disminución de la cantidad de Mipymes necesaria para solicitar que la convocatoria sea limitada pasando de requerir que fuesen tres Mipymes a dos Mipymes.

El Departamento Nacional de Planeación, sobre finales del año 2.021 expidió en su página web dos proyectos de decreto reglamentario para regular la materia. En el primero de ellos publicado el día 30 de junio de 2.021, se motivan las modificaciones reiterando que el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007, *“ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la ley 1437 de 2.011, el cual establece que los actos administrativos dejan de ser obligatorios o decaen “cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho””* (Departamento Nacional de Planeación, 2021). El proyecto de resolución contemplaba modificar la unidad de medida del valor del contrato de 125.000 USD a 400 s.m.m.l.v. y reglamentar la solicitud de limitación por parte de las 2 Mipymes. Posteriormente en proyecto publicado el 24 de septiembre de 2.021, se mantuvo el criterio de los 125.000 USD y se ratificó que el reglamento concordara con la ley con la disminución de 3 a 2 Mipymes requirentes de la limitación de la oferta. (Departamento Nacional de Planeación, 2021).

Lo anterior es relevante mencionarlo, pues indica que, aunque hoy en día no se ha expedido la resolución que reglamente el artículo 34 de la ley 2069 de 2.020, que permita que esta herramienta pueda ser efectivamente utilizada por las Mipymes; la

tendencia que muestran los proyectos de resolución es que en la teoría fuese más fácil aplicar por parte de las Mipymes a esta acción afirmativa.

Sin embargo, esto es en la teoría, pues un análisis predictivo que puede orientarnos de como seguirá siendo utilizada esta herramienta, es el que a continuación describiré. Se realizó una muestra para la modalidad de contratación de selección abreviada, en el municipio de Zipaquirá, Cundinamarca. Para atender a los requisitos exigidos por el articulado vigente en el año 2.020, se filtraron las cuantías para que estas fueran inferiores a los 125.000 USD, exigidos por la reglamentación.

El muestreo realizado permitió el estudio de 20 contratos celebrados en Zipaquirá, Cundinamarca bajo esta modalidad en el año 2.020. De los 20 contratos, 12 incluían entre los documentos reflejados en el portal SECOP, acta de cierre de convocatoria a las Mipymes, lo que indica que el 60% de los procesos incluyeron información respecto al cumplimiento de este requisito.

Entre los 12 procesos de contratación que incluyeron esta información encontramos que solamente en 2 procesos se recibieron manifestaciones de interés por parte de Mipymes que la convocatoria fuese limitada para este tipo de empresas, indicando que solamente el 16,66% de las convocatorias tuvo esta limitación.

Adicionalmente, las 2 convocatorias en que se manifestó el interés por parte de la Mipymes para que fuesen limitadas, apenas si fueron solicitadas por la cantidad exigida por la ley, pues en las dos convocatorias solamente tres Mipymes manifestaron su intención. Finalmente, cabe destacar que en estas dos convocatorias la Alcaldía de Zipaquirá, limitó efectivamente la convocatoria a las Mipymes.

El análisis realizado se refleja en la siguiente tabla:

Numero de Proceso	Objeto	Cuantía	Acta Cierre Convocatoria Pymes	Recepción manifestación de interés	Cantidad de manifestaciones	Limitado a Mipymes
SAMC-020-2020	SUMINISTRO DE REPUESTOS PARA EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL PARQUE AUTOMOTOR DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ Y AQUELLOS QUE TENGA A SU CARGO Y VEHÍCULOS ADSCRITOS AL FONDO DE SEGURIDAD DEL MUNICIPIO (INCLUYE MANO DE OBRA)	\$ 323.927.090	SI	NO	0	NO
SA-MC-033-2019	SUMINISTRO DE REPUESTOS PARA EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL PARQUE AUTOMOTOR DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ Y AQUELLOS QUE TENGA A SU CARGO Y VEHÍCULOS ADSCRITOS AL FONDO DE SEGURIDAD DEL MUNICIPIO (INCLUYE MANO DE OBRA)	\$ 389.875.187	SI	NO	0	NO
SA-MC-070-2019	MEJORAMIENTO DE LA MOVILIDAD EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ POR MEDIO DE LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA PARA LA REGULACIÓN DEL TRAFICO EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ	\$ 369.564.545	SI	NO	0	NO
SAMC- 062-2019	MEJORAMIENTO Y ADECUACIÓN DE LAS VÍAS EN PAVIMENTO ARTICULADO DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ	\$ 369.017.351	SI	NO	0	NO
SAMC-027-2020	CONSTRUCCIÓN DE ESTRUCTURAS DE DRENAJE EN LAS VÍAS TERCARIAS DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ	\$ 109.000.383	SI	SI	3	SI
SA-MC-031 2020	CONSTRUCCIÓN DE UNIDADES SOLARES EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ, EN EL MARCO DEL FORTALECIMIENTO DE LA GESTIÓN AMBIENTAL MUNICIPAL, PARA CONTRIBUIR A LA ADAPTACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO	\$ 163.516.140	NO	NO	0	NO
SAMC-003-2020	IMPLEMENTACIÓN, LOGÍSTICA Y EJECUCIÓN DEL CINE MÓVIL “CONOCIENDO A ZIPAQUIRÁ” PARA LA DESCENTRALIZACIÓN DE SERVICIOS BIBLIOTECARIOS EN LOS DIFERENTES SECTORES DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ	\$ 144.098.290	NO	NO	0	NO

SA-MC-046-2019	MEJORAMIENTO DE LA VÍA QUE COMUNICA EL CENTRO POBLADO RURAL BARANDILLAS ENTRE LA VÍA PRINCIPAL ZIPAQUIRA - LA FUENTE CON LA VEREDA PASOANCHO EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, -- - MEJORAMIENTO DE LAS VIAS CALLE 10 ENTRE LA INTERSECCION DE LA VIA BARANDILLAS SAN MIGUEL HASTA LA CRA 3B Y CRAS 3 Y 3B DESDE LA CALLE 10 HASTA EL FIN DE LA VIA (PREDIO FILISTARCO SOTELO) DEL MPIO DE ZIPAQUIRA, --MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS 3 Y 4 DEL CENTRO POBLADO RURAL LA MARIELA, DESDE LA INTERSECCIÓN DE LA VÍA ZIPAQUIRA - TOCANCIPA HASTA EL FIN DE LA VÍA (PREDIO FUNDACIÓN MANO AMIGA) MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVO No 534, 469 Y 396 DE 2019 SUSCRITOS ENTRE EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA Y EL ICCU	\$ 270.000.000	SI	NO	0	NO
SA-MC-010-2020	SUMINISTRO DE RACIONES ALIMENTICIAS PARA EL PERSONAL DE APOYO DE LA POLICIA Y DEL EJERCITO DURANTE SU PERMANENCIA EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA	\$ 105.000.000	SI	NO	0	NO
samc0022019cun	PRESTAR SERVICIOS PARA DESARROLLAR LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS, RECREATIVAS, CULTURALES, DE CLIMA Y CULTURA ORGANIZACIONAL ESTABLECIDAS EN PLAN DE BIENESTAR LABORAL, PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y SUS FAMILIAS DE LA REGIONAL CUNDINAMARCA Y LOS TRECE (13) CENTROS ZONALES, DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), PARA LA VIGENCIA 2019	\$ 143.449.630	NO	NO	0	NO

SA-MC-049-2019	MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS CALLE 12 ENTRE CARRERA 2A Y 2C Y LA CARRERA 2 ENTRE CALLE 9 EN EL BARRIO EL CODITO DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. EN EL MARCO DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No 468 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA Y EL ICCU	\$ 129.196.800	SI	NO	0	NO
SA-MC-044-2019	MEJORAMIENTO DE LAS VIAS: 1 INTERSECCION ZIPAQUIRA - TABIO QUE CONDUCE CON LA VEREDA SAN JORGE SECTOR GAVILAN; 2 INTERSECCION ZIPAQUIRA - TABIO QUE CONDUCE A LA VEREDA RIO FRIO SECTOR 'PUYON DEL MPIO DE ZIPAQUIRA Y EL MEJORAMIENTO DE LA VIA TERCARIA SECTOR EL CIMIENTO EN LA VEREDA RIO FRIO QUE COMUNICA CON LA PRADERA EN EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA, CUNDINAMARCA. EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVO No 651 Y 467 DE 2019 SUSCRITOS ENTRE EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA Y EL ICCU	\$ 286.899.222	SI	NO	0	NO
SAMC-001-2019	PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA PARA AMPARAR LOS BIENES DEL INSTITUTO MUNICIPAL DE CULTURA, RECREACIÓN Y DEPORTE DE ZIPAQUIRÁ O DE AQUELLOS QUE SE ENCUENTRAN A SU CARGO	\$ 229.956.336	NO	NO	0	NO
Samc0012018cun	PRESTAR SERVICIOS PARA DESARROLLAR EL PLAN DE BIENESTAR SOCIAL DEL ICBF REGIONAL CUNDINAMARCA	\$ 184.407.303	NO	NO	0	NO
SA-MC-010-2019	SEÑALIZACIÓN Y DEMARCACIÓN DEL ÁREA RURAL Y URBANA DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ	\$ 254.601.442	SI	SI	3	SI
SAMC-004-2020	COMPRA DE DOTACIÓN PARA LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN ARTÍSTICA DE ZIPAQUIRÁ	\$ 52.805.008	NO	NO	0	NO

SAMC-035-2019	MEJORAMIENTO EN LA VIA CALLE 22 ENTRE CARRERA 4 Y 2 BARRIO COCLIES Y CARRERA 4 ENTRE CALLES 22 Y 24 BARRIO MINUTO DE DIOS DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA, EN EL MARCO DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No 854 de 2018 SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA Y EL ICCU	\$ 99.987.127	SI	NO	0	NO
SAMC-053-2019	MEJORAMIENTO DE LA VÍA QUE COMUNICA LA VEREDA EMPALIZADO SECTOR LOS NEIRAS CON LA VÍA ZIPAQUIRA PACHO DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. EN EL MARCO DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No 278 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA Y EL ICCU	\$ 99.799.636	NO	NO	0	NO
SAMC-001-2020	PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA PARA AMPARAR LOS BIENES DEL INSTITUTO MUNICIPAL DE CULTURA, RECREACIÓN Y DEPORTE DE ZIPAQUIRÁ O DE AQUELLOS QUE SE ENCUENTRAN A SU CARGO	\$ 96.632.070	NO	NO	0	NO
SAMC-055 DE 2019	PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERNET DEDICADO EN FIBRA ÓPTICA PARA LAS DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y ZONAS WIFI PARA LOS PARQUES	\$ 71.196.764	SI	NO	0	NO

Los datos de esta tabla corresponden a la información oficial consignada en el sitio web del SECOP.

CONCLUSIONES

- El Estado Colombiano ha incorporado dentro de su ordenamiento, específicamente en el referente a la contratación pública, acciones afirmativas, mediante las cuales se pretende que las empresas pertenecientes al grupo de Mipymes, puedan reducir las diferencias en las que competirían frente a grandes empresas en procesos de contratación, teniendo como fin último alcanzar la igualdad material consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política.
- Aunque el Estado trata de utilizar la contratación pública, mediante el elemento económico del gasto público, como una herramienta para diseñar políticas económicas y sociales que favorezcan a las Mipymes, estas aún no tienen el suficiente impacto para lograr el objetivo, toda vez que las empresas pertenecientes a este grupo aún no son actores relevantes dentro de los procesos de contratación pública, estando demostrado estadísticamente su bajo acceso a los procesos de contratación pública y adjudicación final del contrato.
- La muestra analizada para el municipio de Zipaquirá, durante el año 2.020, en la modalidad de contratación de selección abreviada, demuestra que, aunque la medida establecida en el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007, ha sido utilizada en algunas ocasiones por parte de las Mipymes, no corresponde a un porcentaje importante dentro de la muestra analizada reflejando con esto que la herramienta jurídica no tiene la eficacia e impacto necesario que el espíritu de este tipo de normas pretende.
- La ley 2069 de 2.020 que modifica el artículo 12 de la ley 1150, que a la fecha aún esta pendiente de reglamentación, aunque reduce la cantidad de Mipymes necesarias para solicitar que el proceso sea limitado a favor de estas, corre el riesgo de tener la misma suerte de su antecesora si no se

hace un esfuerzo por limitar las barreras que impiden que las Mipymes accedan al mercado de la contratación estatal.

REFERENCIAS

- Alemaný, M. (1999). Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No 11, 112-134.
- Bolaños, E. (2016). Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general. *Pensamiento Jurídico* N°44, 313-342.
- Cardozo, E., Velasquez de Naime, I., & Rodríguez Monroy, C. (23 de 07 de 2012). <http://www.laccei.org>. Recuperado el 09 de 02 de 2022, de <http://www.laccei.org/index.php/events/past-events/laccei-conference-2012>
- Corte Constitucional, T500-02 (Corte Constitucional 2002).
- Corte Constitucional, T-275 (Corte Constitucional 2011).
- Corte Constitucional. (2019). Acciones afirmativas para una igualdad material. Bogotá. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteconstitucional.gov.co%2FTransparencia%2Fpublicaciones%2FIgualaci%25C3%25B3n%2520material%2520v2%252071020.pdf&clen=1699290&chunk=true
- Departamento Nacional de Planeación. (30 de 06 de 2021). www.dnp.gov.co. Recuperado el 14 de 02 de 2022, de Departamento Nacional de Planeación: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/Memoria%20justificativa%20-%20Compras%20publicas.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (24 de 09 de 2021). www.dnp.gov.co. Recuperado el 14 de 02 de 2022, de Departamento Nacional de Planeación: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/SEGUNDA%20PUBLICACI%25C3%25B3N%20-%20MEMORIA%20JUSTIFICATIVA%2024_09_2021.pdf
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

- El Tiempo. (01 de 10 de 2021). ¿Como fortalecer la competitividad de las Pymes para el 2.022? *El Tiempo*. Recuperado el 09 de 02 de 2022, de <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/que-son-las-pymes-y-cual-es-su-importancia-para-la-economia-del-pais-446922>
- Galvez Albarracin, E. J., & Quiñonez Rizo, E. (2019). *Mipymes y compras publicas en Colombia*. Bogotá: ACOPI. Recuperado el 10 de 02 de 2022, de <https://acopi.org.co/Mipymes-y-compras-p%C3%BAblicas-en-colombia.pdf>
- Gobierno de España. (11 de 09 de 2017). *Boletín Oficial del Estado*. Recuperado el 15 de 02 de 2022, de <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>
- Gomez Fariñas, B. (2020). La participacion de las PYMES en la contratacion publica: una vision desde el derecho europeo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(24), 161 - 182.
- Nieto, V. M., Timote, J. A., Sanchez, A. F., & Villareal, S. (2015). *La clasificacion por tamaño empresarial en Colombia: Historia y limitaciones para una propuesta*. Bogota.
- Orueta, I. (s.f.). Recuperado el 08 de 02 de 2022, de <https://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2017/03/CAPITULO-1.pdf>
- Radicación No. 11001-03-26-000-2002-0032-01, 11001-03-26-000-2002-0032-01 (Consejo de Estado 2003).
- Sanchez, S. (2014). La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconomicos en Estados Unidos y en la India. *Derecho Publico Iberoamericano* N° 4, 65-99.
- Santiago, M. (2007). *Igualdad y acciones afirmativas*. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Juridicas de la Universidad Autonoma de Mexico.
- Sentencia C 371, C371 (Corte COnstitucional 2000).
- Sentencia C 862, C 862 (Corte Constitucional 2008).
- Sentencia C-713, C 713 (Corte Constitucional 2009).
- Sentencia C-862, C 862 (Corte Constitucional 2008).
- Sentencia D-006, D-006 (Corte Constitucional 1992).
- Sentencia T-500, T-500 (Corte Constitucional 2002).
- Sentencia T-724, T-724 (Corte Constitucional 2003).
- Vasquez, Y., & Arredondo, L. (2014). Importancia de las Pymes en el mundo. *Revista Cubana de Economia Internacional*, 1-15.

Villamizar, J. I., Delgado, J. L., & Bayona, C. F. (2019). Principios de igualdad, libre concurrencia y seleccion objetiva en la contratacion estatal. *Revista lux Praxis, Coleccion Grandes Autores del Derecho*, 133-150.