

INCENTIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: USO DE MADERA PLÁSTICA O PRODUCTOS DE FUENTES DE RECICLAJE NACIONAL¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El uso de madera plástica o de productos de fuentes de reciclaje nacional se prescribió como un incentivo en la contratación estatal, a partir de la Ley 2232 de 2022. Su implementación supone una serie de problemáticas prácticas que cuestionan la idoneidad de la norma, al complejizarse, entre otros temas, el ámbito de aplicación –incluyendo los sujetos obligados, el objeto y la materia desarrollada–, la vigencia del incentivo ante la ausencia del reglamento y la operatividad concreta de la «ventaja» en la elección de un contratista.

Introducción

Los incentivos se fundamentan en la protección de ciertos sectores de la sociedad, que se visibilizan a partir de las luchas de la modernidad que reclaman «acciones afirmativas» del Estado. Particularmente, los incentivos en la contratación estatal tienen por objeto fomentar la participación de estos sectores en el mercado de la contratación pública, ampliando el margen de posibilidades para resultar adjudicatario. En este caso, a partir de una perspectiva ecológica y ambientalista, se procura que el Estado use madera plástica o productos de fuentes de reciclaje nacional, de manera que reduzca la producción y el consumo de plásticos de un solo uso. Como la mayoría de los incentivos recientes, este cuenta con una fundamentación constitucional fuerte, en tanto emplea las máximas constitucionales para fundamentar sus medidas.

Efectivamente, en la exposición de motivos de la Ley 2232 de 2022 se observa el interés de definir medidas orientadas a reducir el uso de plásticos, que generan un alto impacto ambiental, que no son indispensables y que pueden ser sustituidos, estableciéndose formas de renovación gradual y alternativas

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de agosto de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

sostenibles, que consoliden una economía circular³. Sin embargo, como se detallará a continuación, pese a que el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 definió el uso de madera plástica o de productos de fuentes de reciclaje nacional como un incentivo en la contratación estatal, su redacción y contenido dificultan comprender, en términos normativos, el alcance de la disposición, su vigencia y cómo opera en la calificación de las ofertas, y por ende, en la elección del contratista. Para evidenciar lo anterior, y con propósitos esquemáticos, la norma se analizará a partir de sus incisos y según los tópicos que en ellos subyacen, sin perjuicio de hacerse comentarios transversales y aplicables al incentivo en general.

1. Ámbito de aplicación: sujetos obligados y excluidos; objetos y tipologías contractuales en las que procede

La Ley 2232 de 2022 tiene por objeto «resguardar» los derechos fundamentales a la vida, la salud y el goce de un ambiente sano, definiendo medidas para reducir la producción y el consumo de plásticos. Para ello, entre otros temas, se prohíbe la introducción, comercialización y distribución en el mercado de los plásticos de un solo uso o de los fabricados total o parcialmente con plásticos oxodegradables; se ordena la sustitución gradual de todos ellos; se establece el deber de elaborar y ejecutar una política nacional con este objetivo; se solicita formular un plan de adaptación laboral y reconversión productiva para la sustitución de productos plásticos de un solo uso y se ordena asegurar la financiación y promoción de alternativas sostenibles mediante incentivos económicos.

En principio, el propósito que subyace al cuerpo normativo merece un reconocimiento especial por la intención que intenta materializar, en tanto refleja la consciencia por el cambio climático y la responsabilidad que implica; sin embargo –y es el principal objeto de este análisis– resulta discutible la forma de concretarlo, al menos en el ámbito contractual público, porque la norma desconoce varios fundamentos o referentes de la contratación u omite tópicos sin consideraciones. Particularmente, el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 se denominó «Incentivo a la madera plástica y otros productos derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio». Como luego se observará, la disposición no introduce *un* solo incentivo, sino dos, e incluso habilita a que existan muchos más. Su finalidad radica en que la Administración, como contratante, también promueva la adquisición de insumos o elementos que reemplacen el plástico de un solo uso, lo cual implica un cambio en el razonamiento de las entidades, y una intervención en su discrecionalidad al establecer la forma de elegir su futuro contratista.

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 274 del 6 de abril de 2022.

Ahora bien, como punto de partida del análisis, se hará énfasis en el ámbito de aplicación, concretamente, en los sujetos obligados a actuar conforme a lo indicado. En la literalidad de la norma se dispone que:

«Las entidades estatales o las *privadas* que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional y *que para el cumplimiento de sus objetivos* adquieran bienes o desarrollen obras que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio [...]» (cursivas fuera del texto).

Desde el primer inciso se advierten distintas problemáticas. Según la lectura de la disposición, este incentivo deben aplicarlo, por un lado, las entidades estatales, y por otro, las «privadas» que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional. En *primer lugar*, frente a las *entidades estatales* – como sujetos obligados– surge un interrogante respecto a la aplicación de esta norma a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante, EGCAP–, que comúnmente se distinguen de las entidades que aplican la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la modifican o complementan.

Al respecto surgen dos interpretaciones: la *primera* niega que esta norma le sea exigible a una entidad exceptuada, a partir de la lectura sistemática de los incentivos en la contratación estatal, en tanto, por regla general, cuando la intención del legislador ha sido incluir a todas las entidades, independientemente de su régimen contractual, lo ha plasmado así. Por ejemplo, se encuentra el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, que dispone los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres. La norma dice aplicarle, entre otros, a «los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa». Igualmente ocurre con los artículos 33 y 34 *ibidem* –incentivos para las Mipymes– que, al establecer los sujetos obligados, menciona a «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación».

Además, se hace hincapié en las repercusiones de la norma, es decir, en las consecuencias que tiene para la discrecionalidad de la entidad estatal y en las secuelas para el acceso al mercado de la contratación pública. A favor de la primera postura se considera que esos incentivos no dejan de ser invasiones o limitantes a la autonomía de la voluntad, pudiéndose incluso considerar la necesidad de aplicar un criterio restrictivo, según el cual si no se precisó que también se incluían las entidades estatales exceptuadas no se encuentran cubiertas por la disposición.

Por su parte, la *segunda* postura, que aquí se acoge, tiene en cuenta, como principio general de interpretación jurídica, que «donde el legislador no distingue,

no le es dado hacerlo al intérprete». En esa medida, si se tiene en cuenta que el legislador no discriminó entidades según su régimen contractual, el operador jurídico no podría plantear una distinción especial. Lo anterior teniendo en cuenta, además, que el artículo 28 del Código Civil también establece un parámetro de interpretación conforme al cual las «palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras».

Si bien en el ordenamiento jurídico existe una definición de «entidad estatal» –artículo 2 de la Ley 80 de 1993–, que excluye a un porcentaje considerable de entidades, no es una norma aplicable a cualquier regulación que desarrolle la contratación pública. El primer inciso del artículo 2, antes de enlistar las entidades sometidas a la regulación contractual especial, dispone que la definición que se establece solo aplica «Para los solos efectos de esta ley». En esa medida, la definición de «entidad estatal» que allí se prevé es propia, o sea, para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por tanto, sin fundamento jurídico no sería procedente extender las nociones de este a otras leyes –como sería la que establecen medidas tendientes a la reducción gradual de la producción y consumo de ciertos productos plásticos de un solo uso–, que incluso cuentan con un acápite de definiciones propio. En igual sentido ocurre con la definición de «Entidad Estatal» del artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015⁴, que parece referir solo a las sometidas al EGCAP, y que no podría aplicarse a lo regulado en la Ley 2232 de 2022.

Adicionalmente, aunque se reconoce que los incentivos en la contratación estatal, que modifican la forma de calificar las propuestas, invaden la discrecionalidad de las entidades en la configuración del pliego de condiciones, no se encuentra un fundamento razonable para exigirles la protección al medio ambiente –postulado que la Ley 2232 de 2022 dice perseguir– a unas entidades determinadas –solo las sometidas al EGCAP–, excluyendo a otras debido a su régimen contractual. Dicho de otra manera, se cuestiona por qué habría de aceptarse que se exija la aplicación de unos incentivos por parte del Estado, pero

⁴ Para el entendimiento de la propuesta se transcribe la norma en lo pertinente: «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, *las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica*. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados [...] Entidad Estatal: Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan [...]» (cursivas fuera del texto).

de forma parcializada, esto es, solo a unas entidades que lo conforman. Por último, y entendiendo que el artículo 3 de la Ley 2232 de 2022 contempla los principios aplicables a la presente ley –que serán, además, el parámetro interpretativo a seguir–, se considera que la postura que más garantiza el principio *in dubio pro natura*⁵ es la que extiende la obligación de definir ese incentivo a todas las entidades estatales.

En esos términos, se considera que la argumentación en procura de extenderles estos incentivos a todas las entidades estatales, independientemente del régimen, resulta más acertada. Sin embargo, como precisión necesaria se destaca que ella no proviene de una defensa del contenido y alcance de la disposición, porque se reconoce que cuenta con una serie de dificultades prácticas que entorpecen esta actividad del Estado, al descuidarse nociones básicas de la contratación del Estado. Sobre esto se volverá más adelante.

En *segundo lugar*, en lo relacionado con las entidades «privadas que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional» –como otro de los sujetos obligados a implementar estos incentivos– se resaltan varios déficits normativos derivados de la redacción de la disposición. Por un lado, una de las imprecisiones –quizá de menor relevancia– se encuentra en que la norma se refiere no a *empresas* privadas ni a particulares, sino a *entidades* privadas, trastocándose los conceptos que en el *uso cotidiano del lenguaje* son propios del derecho público o del derecho privado.

Por otro lado, eludiendo la discusión conceptual y enfocándose en el alcance del incentivo, obsérvese que la norma no incluye a las personas *naturales* que manejan recursos públicos, ni a cualquier otra que no sea una persona jurídica, como sujetos obligados a implementar estos incentivos en sus procedimientos de selección, en tanto se alude a «entidades privadas», esto es, a «personas jurídicas de naturaleza privada». Esta exclusión no parece obedecer a un razonamiento especial, pues incluso en la exposición de motivos se observa que el texto propuesto para el primer debate al proyecto de ley contemplaba esas expresiones, sin hacerse una consideración al respecto⁶.

Así las cosas, al igual que se excluyó a los «particulares que manejen recursos públicos», y a diferencia de los incentivos dirigidos a las Mipymes y a los emprendimientos o empresas de mujeres, este incentivo no incluye a los «patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales», dejando un vacío normativo que no obedece a una intención del legislador, sino a una de sus omisiones. A su vez, el incentivo tampoco deben aplicarlo los patrimonios autónomos privados, así administren o manejen recursos públicos, porque, pese

⁵ El principio «en caso de duda, a favor de la naturaleza» es un principio a favor de los recursos naturales, la vida, la salud y el ambiente.

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 274 del 6 de abril de 2022.

a ser centros de imputación, no tienen personalidad jurídica⁷. Eventualmente les sería exigible a las entidades fiduciarias, pero, como se discutirá más adelante, el objeto del contrato dificultaría su inclusión, porque estos sujetos prestan servicios fiduciarios y no adquieren bienes o desarrollan obras que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio.

En *tercer lugar*, también se discute la obligatoriedad de aplicar este incentivo respecto de las entidades privadas –contratistas– con las que se acuerde la entrega de un «anticipo». Recuérdese que, a diferencia del «pago anticipado», con el «anticipo» no se transfiere la titularidad de los recursos públicos. El dinero que se le entrega al contratista es de naturaleza pública, en tanto tiene una finalidad específica: financiar el cumplimiento del objeto contractual. En ese orden, podría considerarse que cuanto un particular emplea un anticipo está «manejando» recursos públicos, entendiéndose por ello «[...] Usar, utilizar, aunque no sea con las manos»⁸ el monto entregado. Efectivamente, en la Sentencia del 20 de octubre de 2014, el Consejo de Estado sostuvo que los recursos del anticipo se le entregaron al contratista en «mera tenencia», es decir, «seguían siendo recursos públicos y por consiguiente si se deprecian, valorizan o fructifican, esa disminución o esos incrementos son para su dueño, que en todo caso no era el contratista»⁹.

Esta discusión puede profundizarse a partir de las nociones de «particular que maneje recursos públicos» que se presenten. En materia penal, por ejemplo, el artículo 20 del Código Penal considera servidores públicos a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria; sin embargo, la Corte Constitucional ha destacado que, por regla general, los contratistas del Estado no cumplen función pública, salvo supuestos excepcionales, porque la relación contractual no transfiere funciones públicas, sino que encomienda la ejecución material de unas obligaciones¹⁰.

Al margen de la discusión sobre la posibilidad de que un contratista con un anticipo maneje recursos públicos, se cuestiona la forma en que, de ser admisible, aplicaría el incentivo. ¿Este particular, al ejecutarlo, y siempre y cuando se relacione con el cumplimiento de sus objetivos, deberá adquirir bienes

⁷ Esta conclusión se ha reiterado, entre otros, en: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto No. 220-000754 del 13 de enero de 2004.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Manejar. [Consultado el 10 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/manejar?m=form>.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 24.809. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1998. MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

o desarrollar obras incorporando elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, acatando los incentivos del artículo 19 de la Ley 2232 de 2022? Aunque se considera que la norma no tuvo esta pretensión, es literal y jurídicamente posible que ese escenario –complejo, confuso y extraño, sin lugar a duda– ocurra.

En *cuarto lugar*, sin relacionarse con el sujeto obligado, sino con el objeto cubierto y con la tipología contractual, se observa que la norma dispone que esas entidades establecerán un incentivo en la evaluación de las ofertas, cuando, para cumplir sus objetivos, deban *adquirir bienes o desarrollar obras* que sean susceptibles de incorporar esos materiales. En esa medida, pese a que el Estado contrata no solo bienes, sino también servicios, la norma se circunscribe a la adquisición de bienes y a la construcción de obras.

Por lo tanto, se considera que: *i)* el incentivo no se aplica en los contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio, excluyéndose, por ejemplo, el contrato de consultoría; *ii)* al referirse a la adquisición de bienes –entendiendo por esta la transferencia del derecho de dominio–, el incentivo operaría solo respecto de ciertas tipologías contractuales –como la compraventa y el suministro–, no así en los contratos de arrendamiento o comodato, donde el título no es traslativo de dominio; y *iii)* al aludirse al desarrollo de obras, el entendimiento dependerá de la postura que se acoja frente a la aplicación de este artículo a las entidades exceptuadas del EGCAP. Si se aceptara, la obra no solo incluiría el contrato dispuesto en el artículo 32, numeral 1, de la Ley 80 de 1993 –para el caso de las entidades sometidas–, sino también el regulado en el artículo 2053 del Código Civil –para el caso de las exceptuadas–, que contempla el contrato de construcción de *obra material*. En este caso, resulta alarmante cómo se totalizaría el incentivo, en tanto la «confección de obra» en el derecho privado no distingue si se trata de bienes muebles o inmuebles, de manera que, eventualmente, este incentivo debiera ser aplicable en una gran cantidad de contratos.

En relación con lo anterior, en principio, la conclusión pareciera ser que se deberá aplicar este incentivo en cualquier tipología contractual donde se «adquiera un bien» o se «desarrolle una obra». No obstante, esta exigencia resulta, considerablemente, desproporcionada en los contratos que, pese a tener los mencionados objetos, no son adjudicados teniendo en cuenta criterios distintos al «menor precio». En el caso de las entidades exceptuadas esta situación se genera en la selección abreviada por subasta inversa y en la mínima cuantía. Por tanto, se cuestiona si el artículo 19 de la Ley 2232 cambió la forma de evaluar en estas dos modalidades y, en consecuencia, obligó a las entidades a incluir un objeto de calificación adicional –distinto al precio–.

Este interrogante adquiere relevancia en la medida en que otros incentivos –como el de las Mipymes y el de los emprendimientos o empresas de mujeres– se

excluyen de las modalidades de selección en las que el único factor de escogencia corresponde al menor precio. Si se acogiera una interpretación sistemática podría sostenerse que cuando el legislador quiso excluir unas modalidades lo hizo expresamente, de manera que, en este caso, ante su omisión, deberían reformularse los factores de evaluación.

No obstante, se considera una postura irracional, en tanto podría incurrir en el absurdo de que en la modalidad de selección de contratación directa también se exigiera, siempre y cuando tuviera por objeto adquirir bienes o desarrollar obras –lo que no es posible, por *sustracción de materia*, pues la contratación directa no es una modalidad de selección en la que concurren varios proponentes en beneficio de los cuales quepa aplicar un incentivo en el puntaje–. Sin duda, se trata de un defecto de la norma, que no puede resolverse con los criterios de interpretación tradicionales, en tanto ambas gozan de la misma jerarquía normativa –es decir, tanto la Ley 80 de 1993, como la Ley 2232 de 2022 son leyes ordinarias–; la Ley 2232 de 2022 es posterior a la Ley 1150 de 2007; pero la ley que define las modalidades de selección para las entidades sometidas al EGCAP es la Ley 1150 de 2007.

2. Alcance material del incentivo: límite para establecer el puntaje, aplicación concreta y proliferación de conceptos indeterminados

Ahora bien, luego de mencionar los sujetos obligados –y de excluir otros, sin razonamiento legislativo–, el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 prescribe el incentivo, así:

«[...] deberán establecer un *puntaje mínimo* del cinco por ciento (5%) de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, los cuales serán *asignados proporcionalmente* a aquellos proponentes que se *obliguen* a adquirir en una proporción mayor *productos o insumos necesarios* para el desarrollo del contrato que estén: (1) elaborados con *madera plástica* elaborada en su totalidad con materiales de fuentes de reciclaje nacional y/o (2) productos elaborados con *mezclas de plásticos y metales* u otros elementos que provengan de fuentes de reciclaje nacionales [...]» (cursivas fuera del texto).

Con base en lo anterior, las entidades otorgarán, como mínimo, el 5% de los puntos asignables en la calificación de las propuestas a quienes se obliguen a adquirir productos o insumos con las características descritas. Es discutible, en *primer lugar*, que el legislador haya definido un mínimo de puntos, pero no los haya limitado a un máximo, siendo normativamente admisible que en un procedimiento de selección una entidad decida otorgar el 10% de los puntos, o el 20%, o el 40%, o el 90%, o incluso más, al oferente que se obligue a adquirir estos productos. Aquí se evidencia un ejercicio normativo irracional e

inconsciente, porque permite que circunstancias absurdas y desproporcionadas ocurran, esto es, habilita escenarios que menoscaban principios como los de justicia y equidad.

En *segundo lugar*, en cuanto a la aplicación material, solo parece existir una hipótesis razonable para concretar la «asignación proporcional» que exige la norma: la entidad deberá hacer un cálculo de los elementos de madera plástica o derivados que necesita –piénsese en un 15% del total de los insumos–, y definir el puntaje a otorgar en desarrollo de este incentivo –para el ejemplo, el 5% de los puntos asignables a la calificación de las propuestas–. El proponente que se obligue a adquirir ese 15% de bienes hechos con esos insumos obtendrá el 5% de los puntos; mientras que, por ejemplo, el proponente que solo ofrezca el 9% obtendrá, no el 5% de los puntos, sino el 3%. En este caso no se estaría vulnerando la norma, porque el puntaje mínimo de quien cumpliera el requisito no fue inferior a 5% y se estaría asignando puntajes conforme a la proporcionalidad del ofrecimiento.

En *tercer lugar*, resulta extraño que la norma establezca que la entidad estatal o privada asigne puntaje sobre un hecho incierto. Nótese que el puntaje diferencial se le asigna al oferente que se *obligue* a adquirir en una proporción mayor productos o insumos necesarios para el desarrollo del contrato, es decir, no supone que estos ya se hayan adquirido. Este escenario, por un lado, es lógico, en la medida en que el proponente no está ejecutando la obra y no podría adquirir insumos o elementos sin tener la certeza de resultar adjudicatario; pero, por otro, supone un desafío para el operador jurídico, quien deberá concretar en el pliego de condiciones la forma de acreditar que quien participa se obliga a hacer algo concreto.

Como ejemplo se encuentra la suscripción de un contrato de promesa, que obligaría a la celebración de un negocio posteriormente; o quizá la definición de una obligación relacionada en la minuta del contrato, para que en caso de incumplimiento se recurra a los medios coactivos en favor de la entidad –como serían las multas–. Este último resultaría complejo en el caso de las entidades exceptuadas, que no tendrían la posibilidad de hacer efectiva la multa de forma directa. En suma, la obligación de adquirir requiere una precisión, en tanto no es claro si bastaría con que se suscriba un documento comprometiéndose a adquirir los insumos o si se requeriría que se definieran detalles adicionales como el proveedor y la fecha tentativa de compra.

3. Particularidades adicionales del incentivo: factor de desempate, autosuficiencia de la disposición e incentivos adicionales

Como si las dificultades normativas no fueran pocas, resaltan las siguientes: i) el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 prescribe que, además de los puntos entregados con ocasión de la obligación de adquirir estos productos, existe otro incentivo contractual, que consiste en un «factor de desempate», así:

«[...] Las entidades a las que se hace referencia en el presente artículo establecerán en *todos los documentos de sus procesos de contratación*, que el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compra o de uso de insumos elaborado con los materiales anteriormente señalados será tenido en cuenta como *factor de desempate entre propuestas* que obtengan el mismo puntaje total de calificación [...].» (cursivas fuera del texto).

Aunque no resulta un aspecto de suma relevancia, la norma exige que las entidades estatales o privadas referencien este «factor de desempate entre propuestas» en *todos los documentos del procedimiento*. Al respecto, por un lado, no se comprende, por ejemplo, su utilidad en algunos documentos distintos al pliego de condiciones. De esta forma, se considera improcedente que se describa este asunto en el «plan anual de adquisiciones», el «acto de apertura», el «aviso de convocatoria», entre otros. Por otro lado, se considera que el propósito de la norma no fue modificar el contenido de estos documentos –agregando un nuevo ítem–, sino visibilizarlos, es decir, publicitar la información, aspecto que se observaría satisfecho con su definición en el pliego de condiciones.

Ahora bien, y sin intención de profundizar en el asunto, se observa que la Ley 2232 también introdujo un factor de desempate, según el porcentaje de compra o de uso de insumos elaborados con los materiales anteriormente señalados. Esta circunstancia será confusa para el operador jurídico, en la medida en que no existe una relación jerárquica entre los factores, porque el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 también contempla factores de desempate, pero en favor de las mujeres cabeza de familia, las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, las Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales, la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, entre otras personas. De este modo, pese a que el legislador debió definir un orden para estos factores, no se pronunció al respecto, lo que no habilita al reglamento para hacerlo, porque podría excederse la potestad reglamentaria, al alterar el alcance y sentido de las normas.

Finalmente, los párrafos de la norma abordan dos temas importantes, relacionados con la potestad reglamentaria y la posibilidad de establecer nuevos incentivos. Lo anterior, en los siguientes términos:

«[...] Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las *demás entidades que considere*

relevantes, reglamentará, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las *condiciones técnicas necesarias para materializar el incentivo* señalado en el presente artículo [...]

»Parágrafo 2°. Dentro del mismo término señalado en el parágrafo 10, el Gobierno Nacional deberá *estudiar e implementar incentivos adicionales para la industria de la madera plástica* cuyo insumo sea el reciclaje nacional y de otros productos elaborados a partir de mezclas de plásticos, metales u otros elementos que provengan de reciclaje nacional.

»Dentro de los incentivos que deberán ser estudiados y eventualmente otorgados se encuentran: [...] 2. Incentivo a las compras públicas; [...]

»Parágrafo 3°. Se establecerán, en el mismo sentido, *incentivos para fomentar otros productos derivados del reciclaje de plásticos*, [...]

(cursivas fuera del texto).

En relación con este enunciado normativo se considera que: *i)* cuando el parágrafo 1 de la Ley 2232 establece que el Gobierno deberá reglamentar la materia sujeta a esta condición la vigencia del incentivo. Si bien la disposición, en muchos escenarios, es *autosuficiente* –es decir, tiene eficacia directa, sin requerir desarrollo reglamentario previo–, existen varios términos vagos e indeterminados, de naturaleza técnica, que requieren precisarse reglamentariamente, porque inciden en la posibilidad de materializar el incentivo. Este es el caso de expresiones como: «productos», «insumos», «madera plástica», «fuentes de reciclaje nacionales» y «mezclas de plásticos y metales»; más aún si se observa que en el artículo 2 de la Ley 2232 de 2022 –denominado «definiciones»– no se hicieron precisiones al respecto.

ii) Resulta alarmante que el legislador esté incorporando incentivos en la contratación pública sin considerar la afectación que, eventualmente, se presente en la elección de los contratistas del Estado. En el parágrafo 2 se está anunciando la creación de nuevos incentivos, pero de forma confusa, porque en un primer momento se define no en términos de potestad, sino de deber; pero luego parece habilitar la discrecionalidad para implementarlos. Como concreción de lo anterior, nótese que, en principio, pareciera que el legislador le ordena al Gobierno *estudiar e implementar* incentivos adicionales; pero luego dispone que podrán ser *eventualmente otorgados*.

Así las cosas, si bien el fundamento del artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 amerita un reconocimiento especial, no puede perderse de vista que la disposición cuenta con errores normativos considerables, que complejizan su aplicación y dificultad aún más la contratación estatal.

Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1998. MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 24.809. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Cibergrafía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 274 del 6 de abril de 2022.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Manejar. [Consultado el 10 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/manejar?m=form>.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto No. 220-000754 del 13 de enero de 2004.

