**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales**

La contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional y para promover la adquisición, de acuerdo con criterios de sostenibilidad ambiental.

Estas finalidades reciben diferentes nombres en los diversos contextos en los que se utilizan, algunos recurren al nombre de políticas secundarias, finalidades paralelas, o políticas colaterales u horizontales en materia de contratación. El concepto de política o finalidad horizontal o colateral pretende subrayar que se trata de políticas no subordinadas o inferiores, sino que acompañan la finalidad principal de la contratación estatal, que es, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales – Incentivos contractuales**

La «política horizontal», como se dijo, consiste en el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal como instrumento, aun cuando no se trate del objetivo directo y principal de esta actividad administrativa. Por su parte, el «incentivo» corresponde a la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines, como es el caso, se reitera, de los criterios de desempate, puntaje adicional o convocatorias reservadas.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2040 de 2020**

Con base en las explicaciones anteriores es posible entender, de manera más sencilla, el contenido de la Ley 2040 de 2020, «por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones». En esta ley la política del legislador es clara: establecer medidas que incrementen la empleabilidad de adultos mayores que, cumplida la edad de jubilación, no cuentan con pensión de vejez, familiar o sobrevivencia.

La Ley adopta instrumentos diversos, entre los cuales se cuentan una reducción del impuesto sobre la renta por contratación de adultos mayores –artículo 2–, la creación del sello amigable «adulto mayor» para identificar a las empresas que vinculen a adultos mayores que no cuentan con pensión –artículo 7–, y la creación de la «Ruta para el emprendimiento del adulto mayor» para que los adultos mayores puedan poner en marcha su propia empresa –artículo 10–. Todos estos son mecanismos dirigidos a cumplir su finalidad: incrementar la empleabilidad de los adultos mayores, lo que a la postre, se espera, se traducirá en mayor empleo para este sector vulnerable de la población.

**INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Criterio de desempate – Necesidad del reglamento**

El criterio de desempate creado es una de las «estrategias para la promoción del empleo de personas mayores», y requiere reglamentación previa para establecer qué tipo de actividades y oficios pueden desempeñar los adultos mayores, y otorga un derecho especial para las empresas que se acogen a esa ley, por lo que, según el literal del artículo 4, debe ser objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional en un término no mayor a 6 meses.

**REGLAMENTO – Necesidad − Efectivo cumplimiento – Ley 2040 de 2020**

En ese orden de ideas, es posible afirmar que el legislador reconoce, en el artículo 4, la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la ley 2040 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el criterio de desempate de que trata el artículo 3. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma sometió su vigencia a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido y antecedentes legislativos. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico.

Bogotá D.C., **20/11/2020 Hora 16:18:56s**

**N° Radicado: 2202013000011498**

Señora

**Nancy Coral**

Directora Ejecutiva – Representante Legal

Fundación Contratación Estatal Transparente

Bogotá D.C.

**Concepto C – 690 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales / CONTRATACIÓN ESTATAL – Políticas horizontales – Incentivos contractuales / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2040 de 2020 / INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Criterio de desempate – Necesidad del reglamento |
| **Radicación:** | Respuesta a las consultas acumuladas # 4202013000009418 |

y 4202013000009624

Estimada señora Coral:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 15 y 22 de octubre de 2020. La consulta con radicado de entrada No. 4202013000009418 fue trasladada por la Procuraduría General de la Nación, mediante radicado No. E-2020-456190 del 13 de octubre de 2020; mientras que, la consulta con radicado de entrada No. 4202013000009624, fue trasladada por el Departamento Nacional de Planeación, mediante radicado No. 20206401495301 del 20 de octubre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted elevo consulta a la Procuraduría General de la Nación, en la que manifiesta y expone unas consideraciones jurídicas referentes al orden de los criterios de desempate, para solicitar concretamente, «[…] se proceda a establecer el orden señalado el criterio de desempate establecido en el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020 dentro de los criterios de desempate de cada uno de los procesos de contratación pública que adelante la Procuraduría General de la Nación».

1. **Consideraciones**

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta, se considera necesario analizar las políticas horizontales en la contratación pública, los incentivos contractuales, los tipos de incentivos reconocidos por el ordenamiento y la nueva opción establecida en el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, que crea un incentivo y criterio de desempate en virtud del cual se preferirá al proponente que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la promoción y el fomento de la industria nacional, como uno de los incentivos en materia contractual, en los conceptos C–043 de 15 del enero de 2020, C–029 de 12 del febrero de 2020, C–073 del 28 de febrero de 2020, C–123 del 5 de marzo de 2020, C–114 del 6 de marzo de 2020, C–178 del 16 de marzo de 2020, C–119 del 18 de marzo de 2020, y C–460 de 2020 del 14 de julio de 2020.

De otro lado, en el concepto con radicado No. 4201912000004631 del 31 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, C–019 del 14 de enero de 2020, C–030 del 28 de enero de 2020, C–026 del 11 de febrero de 2020, C–063 del 24 de febrero de 2020, C–119 del 18 de marzo de 2020, C–137 del 26 de marzo de 2020 y C–196 del 8 de abril de 2020, estudió los requisitos para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad en la planta de personal, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018.

En similar sentido, esta Agencia ha estudiado los incentivos en materia de Mipymes en los conceptos del 5 y el 20 de agosto de 2019 –radicados Nos. 2201913000005596 y 2201913000006007–, y recientemente en los conceptos CU–021 del 21 de febrero de 2020, C–050 del 25 de febrero de 2020, C–058 del 25 de febrero de 2018, C–092 del 4 de marzo de 2020, C–083 del 11 de marzo de 2020, C–045 del 17 de marzo de 2020, C–197 del 26 de marzo de 2020, C–258 del 17 de abril de 2020, C–214 del 21 de abril de 2020, C–302 del 12 de junio de 2020 y C–482 del 27 de julio de 2020.

Por último, en los conceptos con radicados C–514 del 26 de agosto de 2020, C–516 del 26 de agosto de 2020, C–535 del 26 de agosto de 2020, C–537 del 26 de agosto de 2020, C–538 del 26 de agosto de 2020, C–568 del 26 de agosto de 2020, C–572 del 27 de agosto de 2020, C–582 del 28 de agosto de 2020 y C-624 del 21 de septiembre de 2020 y C-664 del 12 de noviembre de 2020, esta agencia estudió el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020, que adiciona un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, establece un criterio de desempate en los procesos de contratación a favor de los oferentes que tengan vinculado el mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley. Las tesis desarrolladas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación:

**2.1. Políticas horizontales e incentivos contractuales**

La contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional y para promover la adquisición, de acuerdo con criterios de sostenibilidad ambiental[[1]](#footnote-1).

Estas finalidades reciben diferentes nombres en los diversos contextos en los que se utilizan, algunos recurren al nombre de políticas secundarias, finalidades paralelas, o políticas colaterales u horizontales en materia de contratación[[2]](#footnote-2). El concepto de política o finalidad horizontal o colateral pretende subrayar que se trata de políticas no subordinadas o inferiores, sino que acompañan la finalidad principal de la contratación estatal, que es, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

Existen diversos tipos de políticas o medidas, algunas buscan, simplemente, que se cumplan los parámetros mínimos legales, y otras buscan incentivar ciertos comportamientos para generar beneficios sociales, económicos o ambientales. De igual manera, estas políticas pueden concretarse a través de diferentes medios, por ejemplo: establecer reservas de ciertos contratos para cierto grupo de la población, otorgar puntos adicionales como criterio de ponderación, establecer obligaciones contractuales aplicables a quien resulte adjudicatario, o como criterio de desempate, entre otras[[3]](#footnote-3).

Para una mejor comprensión, es necesario distinguir entre «política horizontal» e «incentivo contractual». La «política horizontal», como se dijo, consiste en el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal como instrumento, aun cuando no se trate del objetivo directo y principal de esta actividad administrativa. Por su parte, el «incentivo» corresponde a la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines[[4]](#footnote-4), como es el caso, se reitera, de los criterios de desempate, puntaje adicional o convocatorias reservadas.

En relación con este aspecto, interesa decir que la adopción de medidas tendientes a satisfacer necesidades adicionales, o políticas horizontales, no puede contrariar las disposiciones normativas que admiten su implementación. Por esa razón:

[…] Es indispensable garantizar la consagración de premisas que irradien las nociones propias de los principios de igualdad, transparencia, economía y moralidad en todas las decisiones discrecionales que la Administración llegue a adoptar por medio de las facultades que le han sido otorgadas por el legislador para avalar la satisfacción de su intención primaria[[5]](#footnote-5).

En otras palabras, no puede haber contradicción entre la satisfacción de la intención primaria, los principios de la función administrativa, y la búsqueda de beneficios sociales, económicos o sociales para ciertos sectores de la población.

A continuación se expondrán, brevemente, algunos casos de «políticas horizontales», así como los incentivos utilizados para materializarlas en el ordenamiento colombiano, que preexisten a la expedición de la Ley 2040 de 2020.

Respecto de la promoción de la industria nacional, el artículo 1 de la Ley 816 de 2003 establece la obligatoriedad, para las entidades de la Administración pública, de adoptar criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional. Este artículo dispone:

Artículo 1. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 2 de la misma ley, de forma expresa, determina los rangos de puntaje que las entidades deben incluir dentro de los criterios de calificación de las propuestas para promover la industria colombiana:

Artículo 2. Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez [10] y el veinte por ciento [20%], para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco [5] y el quince por ciento [15%], para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Como se observa, la norma establece dos supuestos para asignar puntaje. Por un lado, se encuentran los proponentes que oferten bienes o servicios nacionales y los proponentes que tienen trato nacional producto de los acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados[[6]](#footnote-6). Por otro lado, están los proponentes extranjeros que no tengan trato nacional y oferten incorporar componente colombiano de bienes o servicios.

En armonía con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 definió los «Servicios Nacionales» como aquellos prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, o por personas jurídicas constituidas en Colombia conforme a lo previsto en las disposiciones de la legislación colombiana[[7]](#footnote-7).

En relación con otro incentivo, la Ley 1618 de 2013 estableció disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de personas en condición de discapacidad[[8]](#footnote-8). El artículo 13 *ibídem* ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta de personal cuenten con personal en situación de discapacidad:

Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.

[…]

8. Los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

Como la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley, respecto del puntaje adicional, se expidió el Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». Este Decreto, compilado en el Decreto 1082 de 2015, obliga a las entidades a otorgar un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina la integran personas en situación de discapacidad.

Finalmente, frente a otro incentivo, el artículo 12 la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, estableció las convocatorias limitadas a Mipymes en contratación pública, en los siguientes términos:

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 selección, *las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento* […] (Cursivas fuera de texto).

El Decreto 1082 de 2015 reglamentó la norma transcrita, adoptando medidas para incentivar a las Mipymes en la contratación pública. Dentro de estas medidas se destacan las «convocatorias limitadas a Mipymes» y la «limitación territorial» a Mipymes, contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. Este último establece lo siguiente:

Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2., por su parte, dispone que:

La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo;

2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación.

Puede decirse, entonces, que el Decreto 1082 de 2015 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas, las cuales, sin embargo, deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, una disposición prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales, y por el otro, se establece la posibilidad de regular la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios donde se ejecutará el contrato.

En los ejemplos señalados, a modo enunciativo, las políticas se han materializado otorgando puntos adicionales o mediante la modalidad de contratación reservada o limitada –para el caso de las Mipymes–. No obstante, los incentivos contractuales expuestos a modo de ejemplo no se agotan allí, pues en adición a ellos, el ordenamiento prevé una modalidad de incentivo distinto: los criterios de desempate. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 dispone:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

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

2.    Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

3.    Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

4.    Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

5.    Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

Como se observa, la norma anterior unifica en un artículo los criterios de desempate que aplican en los procesos contractuales. Expuestos los incentivos anteriores, como contexto necesario para responder la pregunta de la peticionaria, se analizará el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020.

**2.2. Criterio de desempate creado por el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020: incentivo contractual y política horizontal**

Con base en las explicaciones anteriores es posible entender, de manera más sencilla, el contenido de la Ley 2040 de 2020, «por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones». En esta ley la política del legislador es clara: establecer medidas que incrementen la empleabilidad de adultos mayores que, cumplida la edad de jubilación, no cuentan con pensión de vejez, familiar o sobrevivencia.

La Ley adopta instrumentos diversos, entre los cuales se cuentan una reducción del impuesto sobre la renta por contratación de adultos mayores –artículo 2–, la creación del sello amigable «adulto mayor» para identificar a las empresas que vinculen a adultos mayores que no cuentan con pensión –artículo 7–, y la creación de la «Ruta para el emprendimiento del adulto mayor» para que los adultos mayores puedan poner en marcha su propia empresa –artículo 10–. Todos estos son mecanismos dirigidos a cumplir su finalidad: incrementar la empleabilidad de los adultos mayores, lo que a la postre, se espera, se traducirá en mayor empleo para este sector vulnerable de la población.

La Ley 2040 de 2020, además de las estrategias referidas, contiene un mecanismo que forma parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en el artículo 3 de dicha ley, que adiciona un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007:

Parágrafo 4°. Criterio de desempate. En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

Para los efectos de este parágrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

Dado el caso en que el contrato público haya sido obtenido con ocasión a esta forma de desempate, el empleador deberá mantener el mismo porcentaje de adultos mayores trabajadores al interior de la empresa durante la vigencia de ejecución del contrato. En caso contrario no podrá hacer uso de este beneficio en cualquier otro contrato que celebre con el Estado dentro de los 5 años siguientes a la terminación del contrato.

Para estos efectos, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará, bajo la gravedad de juramento, el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes que cumplan con lo aquí señalado a la fecha de cierre del proceso de selección.

La política horizontal perseguida consiste en maximizar el número de personas vinculadas laboralmente a empresas contratistas del Estado que hayan cumplido con el requisito de edad y no cuenten con una pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia.

De otra parte, el incentivo, en el esquema de la contratación estatal, consiste en crear un criterio de desempate para favorecer a la empresa que tenga un porcentaje mayor –no un número mayor– de adultos mayores contratados que no cuenten con una pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia. La norma procura que los potenciales contratistas del Estado incrementen el porcentaje de adultos mayores vinculados a su planta de personal, con el fin de ser beneficiarios de este criterio de desempate en un eventual procedimiento de selección. Es importante reseñar que solamente se podrá tener en cuenta al personal con vinculación mayor o igual a un año, o que esté vinculado desde la constitución del proponente, para aquellos cuya constitución sea inferior al año.

Adicionalmente, el inciso 3 de la misma disposición establece que el contratista que haya obtenido un contrato estatal, sirviéndose de este criterio de desempate, debe mantener el mismo porcentaje de personal vinculado en esta condición, en su planta de personal, durante el plazo de ejecución del contrato. Es decir, el criterio de desempate se convierte en una obligación contractual por mandato de la ley –otra forma de materializar políticas horizontales–, en caso de que la adjudicación del contrato se hubiera obtenido con base en este criterio. El mismo inciso establece una sanción para quienes incumplan la obligación durante la etapa de ejecución: no podrán hacer uso de este beneficio durante el término de 5 años.

En relación con la acreditación del criterio de desempate, el inciso 4 establece que se debe demostrar el porcentaje de adultos mayores contratados con una certificación, expedida bajo la gravedad de juramento, del total de trabajadores que cumplan con lo señalado en la norma y que se encuentren vinculados a la planta de personal del oferente a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta certificación debe ser expedida, según el caso, por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal.

Es posible afirmar que, desde el punto de vista del mecanismo, el legislador optó por concretar la política horizontal a través de un criterio de desempate. Ello plantea algunas dificultades prácticas, pues se trata de un criterio adicional a los establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Este artículo encuentra soporte en otras normas del ordenamiento y reglamenta estos criterios de desempate, de modo que allí se organizan y jerarquizan los criterios que favorecen los bienes y servicios nacionales, las Mipymes y los oferentes que hayan vinculado personas en condición de discapacidad, en cierto porcentaje, en su planta de personal.

La dificultad práctica, frente a la nueva ley, radica en que, exclusivamente con base en el ordenamiento vigente, no es posible determinar con certeza cómo debe articularse el criterio de desempate de la Ley 2040 de 2020 con los que preexisten en el ordenamiento.

En relación con este aspecto, el nuevo parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 simplemente ordena que «se preferirá», lo cual, bajo una interpretación literal y aislada del parágrafo podría llevar a pensar que se ubica en el primer lugar, por tratarse de una ley posterior. Pero otra interpretación podría ser, como se ha sugerido en consultas dirigidas a esta Subdirección, que el criterio debe ubicarse en el cuarto lugar de preferencia en el orden que indica el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, quizás bajo la idea de que se trata del «nuevo criterio».

En este asunto debe tenerse en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato[[9]](#footnote-9). La Ley 2040 de 2020, en principio, no parece ser la excepción, pues el artículo 12 dispone: «La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias».

Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una ley que establece un plazo es la 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía «la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación». El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «[h]asta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección, la selección abreviada, sin embargo, esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: expedir el Reglamento. Visto lo anterior, los efectos en el tiempo en ocasiones no son claros. En estos casos le corresponde al interprete definir el tema.

En este caso, debe estudiarse si la Ley 2040 de 2020 tiene una condición para empezar a regir, concretamente su criterio de desempate. Hay dos argumentos que dan cuenta de tal condición: el primero puede encontrarse en los antecedentes legislativos. En ellos[[10]](#footnote-10) se explica que el proyecto de Ley tenía como objeto incentivar la contratación de adultos mayores a través de varias medidas, y se destaca la «[r]eglamentación a cargo del gobierno en materia de estrategias de promoción del empleo de adultos mayores en el sector público, tipos de oficios y actividades que pueden realizar, derechos y obligaciones especiales de los empleadores que se acojan a la ley, procedimientos de verificación de los requisitos por parte de los empleadores»[[11]](#footnote-11).

El legislador consideró necesaria la reglamentación para determinar los derechos y obligaciones especiales de los empleadores que se acojan a la ley. El derecho a ser adjudicatario en caso de empate es uno de esos derechos especiales, por lo que no hay duda de la intención del legislador, atendiendo a los antecedentes de la ley, para que el criterio de desempate estuviera sometido en su vigencia a la condición de la expedición de la reglamentación.

El segundo argumento procede de la misma ley. El artículo 4 de la Ley 2040 de 2020[[12]](#footnote-12) establece que el Gobierno Nacional, en consulta con el Consejo Nacional del Adulto Mayor, debe reglamentar esta ley, entre otros aspectos, en relación con las «(i) estrategias para la promoción del empleo de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley en el sector público; ii) tipos de actividades y oficios que pueden asignárseles a los adultos mayores trabajadores cobijados por esta ley; iii) Derechos y obligaciones especiales de las empresas empleadoras que se acojan a esta ley».

El criterio de desempate creado es una de las «estrategias para la promoción del empleo de personas mayores», y requiere reglamentación previa para establecer qué tipo de actividades y oficios pueden desempeñar los adultos mayores, y otorga un derecho especial para las empresas que se acogen a esa ley, por lo que, según el literal del artículo 4, debe ser objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional en un término no mayor a 6 meses.

En relación con este aspecto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. En relación con ese aspecto, el Consejo de Estado ha dicho:

Además, el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)[[13]](#footnote-13).

La referencia hecha en una ley a que el Gobierno Nacional reglamentará la materia es un reconocimiento de que el reglamento puede ser indispensable para el cumplimiento de esta. Claro está que tal reconocimiento, por parte del legislador, no siempre implica que la ley se encuentre sometida a condición para entrar a regir, pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, sí es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que el legislador reconoce, en el artículo 4, la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la ley 2040 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el criterio de desempate de que trata el artículo 3. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma sometió su vigencia a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido y antecedentes legislativos. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico.

1. **Respuestas**

«el cumplimiento de los artículos 2º, 6º y 13 de la Constitución Nacional y el artículo 3° de la Ley 2040 de 2020 dentro de los criterios de desempate de cada uno de los procesos de contratación pública que adelante la Procuraduría General de la Nación».

En atención a su solicitud, en especial en dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 2040 de 2020, «por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones», incluyendo el lugar que esta disposición debe ocupar entre los criterios de desempate en los procesos de contratación pública que adelanten las entidades del Estado, se debe manifestar que este criterio de desempate plantea algunas dificultades prácticas, pues se trata de un criterio adicional a los establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Este artículo encuentra soporte en otras normas del ordenamiento y reglamenta estos criterios de desempate, de modo que allí se organizan y jerarquizan los criterios que favorecen los bienes y servicios nacionales, las Mipymes y los oferentes que hayan vinculado personas en condición de discapacidad, en cierto porcentaje, en su planta de personal.

La dificultad práctica, frente a la nueva ley, radica en que, exclusivamente con base en el ordenamiento vigente, no es posible determinar con certeza cómo debe articularse el criterio de desempate de la Ley 2040 de 2020 con los que preexisten en el ordenamiento.

En relación con este aspecto, el nuevo parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 simplemente ordena que «se preferirá», lo cual, bajo una interpretación literal y aislada del parágrafo podría llevar a pensar que se ubica en el primer lugar, por tratarse de una ley posterior. Pero otra interpretación podría ser, como se ha sugerido en consultas dirigidas a esta Subdirección, que el criterio debe ubicarse en el cuarto lugar de preferencia en el orden que indica el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, quizás bajo la idea de que se trata del «nuevo criterio».

En este asunto debe tenerse en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato. La Ley 2040 de 2020, en principio, no parece ser la excepción, pues el artículo 12 dispone: «La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias».

Sin embargo, las leyes pueden establecer un plazo o una condición para modular sus efectos en el tiempo, frente a parte de ella o todo su contenido. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento, que es lo que se advierte del artículo 4 de la Ley 2040 de 2020, que expresa la necesidad de contar con un reglamento para cumplir sus disposiciones, sometiendo su vigencia a condición, concretamente para el criterio de desempate de que trata el artículo 3, como se infiere de su contenido y de los antecedentes legislativos desarrollados en las consideraciones. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con la articulación y compatibilización del «nuevo criterio de desempate» con los preexistentes en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, para la aplicación de este incentivo es necesario que se expida la reglamentación de que trata dicha ley.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillon Endo  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. EUROPEAN COMMISSION. Buying Green – A handbook on green procurement, 2016, disponible en: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf [↑](#footnote-ref-1)
2. ARROWSMITH, SUE. Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía, Revista Digital de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 224-226. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem, p. 227. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 8 de marzo de 2017, rad. 11001-03-06-000-2016-00102-00 (2.298). CP. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-4)
5. DUQUE BOTERO, Juan David. Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 52. [↑](#footnote-ref-5)
6. Acorde con el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente: «la Entidad Estatal debe dar a los bienes y servicios de los Estados con quienes Colombia ha suscrito un Acuerdo Comercial, el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos cuando un Acuerdo Comercial es aplicable a un Proceso de Contratación.

   »[…]

   »La Entidad Estatal también debe conceder trato nacional a aquellos bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015». [↑](#footnote-ref-6)
7. «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.

   […]

   »Servicios Nacionales: Servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1618 de 2013: «Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009» [↑](#footnote-ref-8)
9. En ese sentido, ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-9)
10. Gacetas del Congreso. 948 de 2018, 192 de 2019, 900 de 2019 y 314 de 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. Gaceta del Congreso. 314 del miércoles 10 de junio de 2020, p. 7. [↑](#footnote-ref-11)
12. El artículo 4 de la Ley 2040 de 2020 señala lo siguiente: «Reglamentación y verificación. El Gobierno nacional, en consulta con el Consejo Nacional del Adulto Mayor, deberá reglamentar presente ley en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, por lo menos en los siguientes aspectos: i) Estrategias para la promoción del empleo de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley en el sector público; ii) tipos de actividades y oficios que pueden asignárseles a los adultos mayores trabajadores cobijados por esta ley; iii) Derechos y obligaciones especiales de las empresas empleadoras que se acojan a esta ley; iv) Procedimiento de verificación del cumplimiento de requisitos por parte de las empresas empleadoras.

    »Parágrafo 1. Será responsabilidad de las empresas certificar ante el Ministerio del Trabajo el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados por esta ley.

    »Parágrafo 2. Posterior a la reglamentación sobre los tipos de actividades y oficios que se pueden asignar a las personas que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley, se determinará cuáles de ellos se enseñan a través de programas de formación del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y se dispondrá un número exclusivo de cupos para que las personas adultas no pensionadas objeto de la presente ley puedan formarse». [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-13)