CCE-DES-FM-17

**DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en estos documentos son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo específicamente lo permitan.

**DOCUMENTOS TIPO – Interventoría – Experiencia mínima – Experiencia habilitante – Subsanabilidad**

la Agencia al elaborar el documento tipo optó por ser garantista en cuanto a la posibilidad de subsanar el requisito habilitante de experiencia; pero evitando incurrir en la prohibición de permitir la subsanación de requisitos de la propuesta que incidieran en la asignación de puntaje. En este sentido, como se desprende de la literalidad del numeral 3.8.1, la subsanabildiad de la experiencia solo se presenta en los casos en que con los contratos aportados por el proponente no se logre cumplir con la experiencia mínima habilitante, esto es, «En caso que con los contratos aportados no se acredite este porcentaje mínimo, la entidad solicitará al proponente que subsane su oferta en los términos del numeral 1.6». De esta manera, la subsanabildiad únicamente tendrá por efecto habilitar al oferente y permitir que, en caso de que subsane, sea susceptible de adjudicársele el contrato, evitando que, eventualmente, el proceso tenga que declararse desierto, en los casos en que tal proponente se convierta en el único habilitado.

De esta manera, la subsanación procede únicamente con la finalidad de habilitarse en el procedimiento de selección, pero no para subsanar la experiencia incidiendo en la asignación de puntaje. Por este motivo, se dispone que cuando el proponente tenga que subsanar la experiencia por no cumplir el requisito mínimo –habilitante– se le asignarán cero puntos por el criterio de asignación de puntaje «experiencia del proponente». Esta regulación se ajusta al ordenamiento, toda vez que si se permitiera la subsanación de la experiencia para efectos de la asignación de puntaje se estaría excediendo la regla del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

**DOCUMENTOS TIPO – Matriz 4 – Lineamientos de requisito del personal – Formación académica – Posgrado**

[…] armonizadas las reglas establecidas en la Matriz 4, en el lugar donde la entidad establece la o las alternativas de los posgrados con los cuales se podrá acreditar el requisito de formación académica, la entidad no puede establecer si el estudio es una especialización, maestría o doctorado en particular, sino que los proponentes podrán acreditar el requisito con cualquiera de estos estudios en un área de conocimiento en particular. Es decir, la entidad no puede establecer, por ejemplo, que el requisito solo se puede cumplir con un doctorado, sino que solo debe establecer un área del conocimiento del posgrado, pudiendo los proponentes acreditar el requisito, tanto con un doctorado, como con una maestría o especialización.

**DOCUMENTOS TIPO – Matriz 4 – Lineamientos de requisito del personal – Formación académica – Posgrado – Inalterabilidad**

[…] La matriz 4, que estandariza los requisitos de experiencia y formación académica de parte del equipo de trabajo del proponente, en concreto del «personal clave evaluable», pesa la regla de la inalterabilidad. En esta medida, no es posible que las entidades exijan estudios adicionales o diferentes a los estandarizados, por ejemplo, como lo indica el peticionario, diplomados, cursos o seminarios. En efecto, con la finalidad de preservar la pluralidad de oferentes, el establecimiento de reglas objetivas y, a su vez, garantizar la idoneidad del futuro contratista, esta Agencia consideró que lo más adecuado consistía en exigir, tratándose de profesionales, un título profesional, y frente a los estudios adicionales que fueran posgrados, con un nivel mínimo de exigencia de especialización.

**CRITERIOS DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1082 de 2015 – Pérdida de vigencia**

[…] se reitera que actualmente no resulta aplicables los factores de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. En este sentido, los factores de desempate vigentes son los establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, por lo que, por las razones desarrolladas ampliamente en las consideraciones, las entidades estatales al elaborar sus pliegos de condiciones, en procesos sometidos a los documentos tipo, deben adaptar el contenido del numeral relacionado con los criterios de desempate estableciendo una regulación armónica con la normativa vigente, esto es, con el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

**CRITERIOS DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Acreditación**

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

**DOCUMENTOS TIPO – Criterios de desempate – Pérdida de fuerza ejecutoria – Ley 2069 de 2020**

Los documentos tipo elaborados por la Agencia, expedidos el año pasado, entre ellos el de interventoría, se construyeron teniendo en cuenta la regulación vigente para ese momento del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, que regulaba los «factores de desempate». No obstante, esta fuente normativa fue afectada en su vigencia por la expedición de la Ley 2069 de 2020, lo que causó la pérdida de fuerza ejecutoria de la regulación establecida en los documentos tipo en relación con los «criterios de desempate», en los términos en que fue regulado este contenido, de acuerdo con el numeral 2 de artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, debiendo realizarse su aplicación en los términos del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

[…] los Documentos Tipo, al no ser ajenos a estas circunstancias, establecieron la obligación para las entidades estatales de aplicar la normativa y la jurisprudencia vigente aplicable al proceso de contratación. Por ejemplo, el documento base del documento tipo de interventoría en su «introducción» establece que: «El uso de los documentos tipo no exime a la entidad estatal de la obligación de utilizar la normativa y la jurisprudencia aplicable al proceso de contratación, así como de dar cumplimiento a lo ordenado por sentencia judicial». En ese entendido, las entidades estatales al elaborar sus pliegos de condiciones, en procesos sometidos a los documentos tipo, deben adaptar el contenido del numeral relacionado con los criterios de desempate estableciendo una regulación armónica con la normativa vigente, esto es, con el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.



Señor

**Jhon Fredy Alvis Caviedes**

Medellín, Antioquia

 **Concepto C ‒ 055 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad / DOCUMENTOS TIPO – Interventoría – Experiencia mínima – Experiencia habilitante – Subsanabilidad / DOCUMENTOS TIPO – Matriz 4 – Lineamientos de requisito del personal – Formación académica – Posgrado / DOCUMENTOS TIPO – Matriz 4 – Lineamientos de requisito del personal – Formación académica – Posgrado – Inalterabilidad / CRITERIOS DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1082 de 2015 – Pérdida de vigencia / CRITERIOS DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Acreditación / DOCUMENTOS TIPO – Criterios de desempate – Pérdida de fuerza ejecutoria – Ley 2069 de 2020 |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20210127000611 |

Estimado señor Alvis Caviedes.

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta P20210127000611 del 27 de febrero de 2021.

1. **Problema planteado**

El peticionario, contextualizando cada uno de sus interrogantes, realizó las siguientes preguntas relacionadas con los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte –en adelante también se le denominará documento tipo de interventoría–:

1. ¿La subsanación de un requisito habilitante de experiencia habilitante implica el otorgamiento de cero (0) puntos en la valoración de la experiencia susceptible de puntaje, a pesar de que los documentos presentados para acreditar la experiencia ponderable no resulten alterados, reemplazados o modificados con dicha subsanación?

2. En caso de que la respuesta a la anterior consulta sea afirmativa, ¿Cuáles son los motivos, razones o fundamentos de orden fáctico y jurídico que respaldan esta medida?, ya que dicha circunstancia no conlleva complementar, adicionar o mejorar las propuestas en los aspectos que otorgan puntaje.

3. En aras de comprender de mejor manera los criterios aplicables para la determinación de los títulos de posgrados del personal clave evaluable, se solicita a Colombia Compra Eficiente aclarar el alcance de la prohibición de establecer títulos de posgrados particulares, dado que, a primera vista, dicho precepto resulta contradictorio con la indicación señalada en la descripción de los títulos de posgrados, donde se señala que deben indicar alternativas de posgrado que deberán acreditarse para el cargo relacionado, por ejemplo: posgrado en estructuras, posgrado en pavimentos, etc., pues en últimas, con la inclusión específica de estas alternativas se termina por establecer títulos de posgrados particulares.

4. Aunque es claro que no es posible exigir diplomados, cursos o seminarios como estudios de posgrados, de todos modos, dicha prohibición implica entender que, ¿las entidades públicas no pueden exigir ningún tipo de formación académica complementaria para algunos cargos del equipo de trabajo de interventoría, a pesar de que, las condiciones específicas de un determinado contrato lo requieren?

Se solicita a Colombia Compra Eficiente aclarar los siguientes interrogantes, relacionados con la aplicabilidad de estos factores de desempate en los procesos de contratación donde aplican y sobre los medios o documentos exigibles para acreditar las condiciones de los proponentes a que hacen referencia los factores descritos en los numerales 2, 5, 6 y 7.

5. A pesar del principio de inalterabilidad de los documentos tipo y a que a la fecha no contemplan los factores en mención en su literalidad legal, ¿es procedente que las entidades públicas adopten los factores de desempate señalados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

6. Con lo regulado en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ¿No resultan aplicables los factores de desempate reglamentados en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015?

7. ¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o por una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente este grupo poblacional?

8. ¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por un oferente que posee por le menos diez porciento (10%) de su nómina perteneciente a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitanas?

9. ¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por personas en proceso de reintegración o reincorporación o por una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente este grupo poblacional?

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas del peticionario, se analizarán los siguientes temas: i) el fundamento normativo de los documentos tipo adoptados hasta la actualidad, en particular el documento tipo para interventoría de obras de infraestructura de transporte; ii) el alcance de la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo; iii) la subsanabilidad de la experiencia mínima –habilitante– del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte; iv) la vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020; v) el concepto y características de los factores de desempate en la contratación estatal; y vi) los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su aplicación en los documentos tipo, lugar donde se analizará la forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en la norma citada y su aplicación en los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo.

Cabe aclarar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021,C-081, C-087 y C-089 del 23 de febrero de 2021, C-044 del de marzo de 2021 y C-056 del 8 de marzo de 2021 se estudiaron los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Fundamento normativo de los documentos tipo adoptados hasta la actualidad. En particular el documento tipo para interventoría de obras de infraestructura de transporte**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[1]](#footnote-2), que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. Ahora bien, en virtud de la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte y, por tanto, es importante explicar el proceso previsto en dicho cuerpo normativo.

La Ley 1882 de 2018, en el artículo 4, establecía que el gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran[[2]](#footnote-3).

 Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para estos efectos el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

 De la norma descrita se desprendía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

 Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[3]](#footnote-4).

 De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir esta regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio, y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

 Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su constitucionalidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Luego se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio, por lo que su expedición es reciente. En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión». Además, con fundamento en esta ley, expidió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020».

De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Adicionalmente, entró en vigencia la Resolución 256 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; la Resolución 249 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; y la Resolución 269 de 2020, «Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos».

Como se deriva de lo anterior, la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, «por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte» se adoptó en vigencia de la Ley 2022 de 2020. En tal sentido, este documento tipo, como se precisará a continuación, resulta de obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que adelanten procesos de concursos de méritos para contratar la interventoría de cualquiera de los proyectos señalados en la «Matriz 1 – Experiencia». Lo anterior se deriva de lo dispuesto en el «documento base» del documento tipo de interventoría, al prescribir que:

Este documento tipo aplica a los procesos de interventoría de obras públicas de infraestructuras de transporte celebrados en cualquiera de sus modalidades de selección, que correspondan con las actividades definidas en la Matriz 1 – Experiencia. En consecuencia, las actividades de infraestructura de transporte no contempladas en la Matriz 1 – Experiencia no tienen que aplicarlos; sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 de la resolución que adopta los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte.

En tal sentido, siempre que se vaya a contratar la interventoría de alguno de los proyectos señalados en la «Matriz 1 – Experiencia» y la modalidad de selección aplicable sea el concurso de méritos, las entidades estatales deben aplicar este documento tipo, acatando su contenido obligatorio, como se precisará en el siguiente acápite relacionado con la inalterabilidad de los documentos tipo.

**2.2. Alcance de la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad[[4]](#footnote-5). Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los *Documentos del Proceso* las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en estos documentos son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo específicamente lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad se encuentra en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Incluso por vía reglamentaria también se dispuso el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.

En este orden de ideas, no cabe duda de que está vigente la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo. Lo anterior por cuanto las diferentes disposiciones normativas que se han expedido han ratificado dicha regla, como ha sucedido con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 y con las resoluciones que ha expedido la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

En particular, en relación con los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, adoptados mediante la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, este acto administrativo establece en su artículo tercero:

Artículo 3. lnalterabilidad de los documentos tipo. De conformidad con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo son obligatorios en la actividad contractual de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en consecuencia, las entidades estatales al adelantar sus procedimientos de selección solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

Partiendo de las premisas anteriores, imprescindibles para comprender la fuerza normativa de los documentos tipo, en los dos siguientes numerales se analizarán dos contenidos puntales de estos documentos tipo, relacionados con la posibilidad de subsanar la experiencia habilitante y la aplicación de la «Matriz 4 – Lineamientos de requisitos del personal».

**2.3. Subsanabilidad de la experiencia mínima –habilitante– del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte**

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos de los requisitos que no asignen puntaje son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de entregar la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. En tal sentido, tampoco es posible subsanar requisitos de la propuesta que afecten la asignación de puntaje.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el Concepto CU–060 de 16 de enero de 2020, unificó su criterio en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho concepto se unificó la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, la cual ha sido reiterada en varios conceptos expedidos con posterioridad al concepto de unificación[[5]](#footnote-6). De las tesis desarrolladas se tomarán algunas consideraciones para ilustrar el alcance de la regla de subsanabilidad.

De esta manera, el régimen actual de subsanabilidad de ofertas está regulado en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. La disposición vigente establece:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

[... ]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma, conservando la filosofía de las disposiciones anteriores que regulaban el régimen de subsanabilidad de ofertas, mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; y ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Pese a que la disposición tiene varios elementos adicionales relevantes, para efectos de la consulta, basta con destacar los elementos anteriores, particularmente, que la subsanación procede sobre todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe destacarse, por otro lado, que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las condiciones de experiencia podrán exigirse en los procedimientos de selección como requisito habilitante. Por regla general, la experiencia no se podrá establecer como requisito de asignación de puntaje, constituyendo la selección de consultores uno de los casos excepcionales en que podrán utilizarse criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo[[6]](#footnote-7).

El caso excepcional indicado en la norma aplica a los documentos tipo analizados en este concepto, dirigidos a la celebración de contratos de consultoría, género dentro del cual se enmarcan los de interventoría[[7]](#footnote-8). En este sentido, como se precisará, el enfoque adoptado en el documento tipo de interventoría consiste en permitir exclusivamente la subsanación de la experiencia mínima –habilitante–, toda vez que de conformidad con los fundamentos anteriores, no es posible subsanar los requisitos de la propuesta que afecten la asignación de puntaje. De esta manera, el «documento base» del documento tipo de interventoría establece en el numeral 3.8.1. lo siguiente:

3.8.1. EXIGENCIA MÍNIMA DE LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

*Para habilitarse en el procedimiento de selección, el proponente acreditará que la sumatoria de los contratos aportados como experiencia es mayor o igual al 100% respecto del valor total del presupuesto oficial establecido para el presente proceso de selección expresado en SMMLV*. Estos contratos serán verificados en el RUP y en el Formato 3 – Experiencia, para los proponentes que no están obligados a estar inscritos en el RUP, cumpliendo con los requisitos de experiencia previstos en el numeral “10.1 Experiencia del proponente”.

En caso que con los contratos aportados no se acredite este porcentaje mínimo, la entidad solicitará al proponente que subsane su oferta en los términos del numeral 1.6. Si el proponente subsana el requisito mínimo de experiencia, se habilitará en el proceso de contratación, pero no será objeto de puntuación en relación con este factor de evaluación, por lo que obtendrá cero (0) puntos por el factor “experiencia del proponente”.

Como se observa, en el documento tipo de interventoría se estableció un requisito mínimo de experiencia habilitante, consistente en que el proponente debe acreditar que la sumatoria de los contratos aportados como experiencia es mayor o igual al 100% respecto del valor total del presupuesto oficial expresado en SMMLV. El fundamento para exigir esta experiencia mínima radica en la inconveniencia e irracionabilidad de adjudicarle el contrato a un proponente que, por ejemplo, no cuenta con ninguna experiencia o no logra acreditar esta idoneidad mínima. En tal sentido, el cumplimiento de la exigencia indicada de demostrar una experiencia mínima constituye un requisito para participar en el procedimiento de selección y solo en relación con quienes cumplan tal exigencia mínima se ponderarán sus ofertas en relación con la asignación de puntaje. De esta manera, las ofertas que no cumplan este requisito o no logre subsanarse conforme a la regla anterior, debe rechazarse.

Ahora bien, como se indicó, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán subsanarse, regla de donde se deriva la imposibilidad de subsanar aquellos que incidan en la asignación de puntaje. Teniendo en cuenta lo anterior, y que en el procedimiento de selección estandarizado mediante el documento tipo de interventoría la experiencia del proponente es un criterio de asignación de puntaje, en principio, no sería susceptible de subsanación, de acuerdo con las reglas de la norma citada.

Debido a lo anterior, la Agencia al elaborar el documento tipo optó por ser garantista en cuanto a la posibilidad de subsanar el requisito habilitante de experiencia; pero evitando incurrir en la prohibición de permitir la subsanación de requisitos de la propuesta que incidieran en la asignación de puntaje. En este sentido, como se desprende de la literalidad del numeral 3.8.1, la subsanabildiad de la experiencia solo se presenta en los casos en que con los contratos aportados por el proponente no se logre cumplir con la experiencia mínima habilitante, esto es, «En caso que con los contratos aportados no se acredite este porcentaje mínimo, la entidad solicitará al proponente que subsane su oferta en los términos del numeral 1.6». De esta manera, la subsanabildiad únicamente tendrá por efecto habilitar al oferente y permitir que, en caso de que subsane, sea susceptible de adjudicársele el contrato, evitando que, eventualmente, el proceso tenga que declararse desierto, en los casos en que tal proponente se convierta en el único habilitado.

De esta manera, la subsanación procede únicamente con la finalidad de habilitarse en el procedimiento de selección, pero no para subsanar la experiencia incidiendo en la asignación de puntaje. Por este motivo, se dispone que cuando el proponente tenga que subsanar la experiencia por no cumplir el requisito mínimo –habilitante– se le asignarán cero puntos por el criterio de asignación de puntaje «experiencia del proponente». Esta regulación se ajusta al ordenamiento, toda vez que si se permitiera la subsanación de la experiencia para efectos de la asignación de puntaje se estaría excediendo la regla del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En armonía con lo anterior y con la regla precisa de subsanabilidad establecida en el documento tipo de interventoría, en los supuestos en que el proponente cumpla con el requisito mínimo de experiencia habilitante, no será posible subsanar aspectos relacionados con la experiencia, debido a que ello implicaría subsanar un requisito que incidiría en la asignación de puntaje.

Ahora bien, la regla anterior no implica limitar o incidir en la posibilidad de presentar *explicaciones o aclaraciones* del contenido de las ofertas, actuación que esta Agencia y la jurisprudencia ha diferenciado de la posibilidad de subsanar, fundamentando tal actuación en el artículo 30, numeral 7 de la Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-9). De esta manera, es posible que las entidades requieran al proponente para que explique o aclare el contenido de lo que está presente en la oferta, lo que procede tanto frente a los requisitos habilitantes como los que asignan puntaje. En efecto, en el «documento base» del documento tipo de interventoría se establece en el numeral 1.6. –inciso segundo–: «En caso de ser necesario, la entidad debe solicitar a los proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables. *No obstante, los proponentes no podrán completar, adicionar o mejorar sus propuestas en los aspectos que otorgan puntaje, los cuales podrán ser objeto de aclaraciones y explicaciones*».

En armonía con lo anterior, el «Anexo 3 – Glosario» del documento tipo de interventoría en relación con esta posibilidad establece la siguiente remisión: «Aclaraciones y explicaciones de ofertas: Se remite a las nociones desarrolladas en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 12 de noviembre de 2014, Radicado 27.986, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero». De esta manera, la posibilidad de «subsanar» la experiencia mínima habilitante, no incide en la posibilidad amplia de presentar «aclaraciones o explicaciones» del contenido de las ofertas.

**2.4. «Matriz 4 – Lineamientos de requisitos del personal» de los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte**

La Matriz 4 de los documentos tipo de interventoría estandariza los requisitos de experiencia y formación académica de parte del equipo de trabajo del proponente, en particular del «personal clave evaluable». En tal sentido, con fundamento en dicha matriz, sobre la que pesa la regla de la inalterabilidad desarrollada en el apartado 2.2. de este concepto, la entidad debe diligenciar o completar algunos apartes de los documentos que conforman el documento tipo de interventoría, entre otros, siendo los más relevantes el numeral 7 del Anexo 1 – Anexo Técnico «INFORMACIÓN SOBRE EL PERSONAL PROFESIONAL DEL INTERVENTOR» y el numeral 3.8.2 del documento base «3.8.2 EXIGENCIAS MÍNIMAS DE EXPERIENCIA Y FORMACIÓN ACADÉMICA DEL EQUIPO DE TRABAJO (Personal clave evaluable)». Además, tal regulación incidirá en el numeral 4.2. del documento base «EQUIPO DE TRABAJO (Personal clave evaluable)».

Ahora bien, los cuestionamientos del peticionario, en relación con este aspecto, están dirigidos al contenido de la Matriz 4, exponiendo una posible contradicción en su contenido y la imposibilidad de exigir «diplomados, cursos o seminarios». Con el objetivo de resolver tales solicitudes se explicarán contenidos particulares de dicha Matriz.

Por un lado, en la parte inicial de la matriz se establece la siguiente regla: «[La Entidad NO podrá establecer títulos de posgrado particulares, es decir, indicar que el profesional cumpla con una Especialización, Maestría o Doctorado en particular. Por el contrario, deberá ser enfocado a un título de posgrado en un área del conocimiento en particular según sea establecido en la etapa de planeación. Así mismo, establecer condiciones participativas, garantistas y pluralistas acordes al proceso de selección.]». Por otro lado, en los espacios relacionados con la posibilidad de exigir algún posgrado en relación con el «personal clave evaluable» el documento establece la siguiente recomendación o ejemplo para establecer tal exigencia: «Posgrado entre alguna de las siguientes alternativas: [Indique las alternativas de posgrado que deberá acreditarse para el cargo relacionado, p.e.j. posgrado en estructuras, posgrado en pavimentos, etc.]».

En relación con estos dos apartes el peticionario cuestiona si existe alguna contradicción, porque, a su juicio, «con la inclusión específica de estas alternativas [refiriéndose al último apartado] se termina por establecer títulos de posgrados particulares» (aparte en corchetes fuera del original). Esta Agencia considera que no existe contradicción entre estos dos apartes, toda vez que el segundo de ellos consiste precisamente en la concreción de la primera regla. En efecto, pese a que en el segundo apartado se exige a la entidad estatal establecer la o las alternativas de posgrados que deben acreditarse, ello no contradice la imposibilidad de «establecer títulos de posgrado particulares, es decir, indicar que el profesional cumpla con una Especialización, Maestría o Doctorado en particular».

En efecto, armonizadas estas reglas, en el lugar donde la entidad establece la o las alternativas de los posgrados con los cuales se podrá acreditar el requisito de formación académica, la entidad no puede establecer si el estudio es una especialización, maestría o doctorado en particular, sino que los proponentes podrán acreditar el requisito con cualquiera de estos estudios en un área de conocimiento en particular. Es decir, la entidad no puede establecer, por ejemplo, que el requisito solo se puede cumplir con un doctorado, sino que solo debe establecer un área del conocimiento del posgrado, pudiendo los proponentes acreditar el requisito, tanto con un doctorado, como con una maestría o especialización.

Además de lo anterior, es posible que al establecer el área de conocimiento del posgrado exigido, este se pueda acreditar con distintos estudios de un mismo nivel. Por ejemplo, que de acuerdo con el área que la entidad establezca como posgrado a exigir, el requisito eventualmente se podría acreditar con dos especializaciones diferentes relacionadas con el área de conocimiento exigido por la entidad, por ejemplo, mediante una especialización en análisis y diseño de estructuras o mediante una especialización en estructuras, ambas correspondientes a un posgrado en estructuras.

En todo caso, las posibilidades anteriores dependerán del posgrado en un área de conocimiento que exija la entidad, siendo posible que distintos proponentes acrediten el requisito mediante una especialización, maestría o doctorado. Esto sin que la entidad pueda exigir alguno de estos niveles educativos en particular; o que incluso mediante un estudio de un mismo nivel, dependiendo de lo exigido por la entidad, distintos proponentes cumplan el requisito, por ejemplo, mediante especializaciones diferentes que se enmarcan en el área de conocimiento exigido por la entidad estatal.

En tal sentido, cuando la entidad precisa la alternativa o alternativas para acreditar el estudio de posgrado, debe acatar la regla, que no pierde efecto, establecida en la parte inicial de la «Matriz 4 – Lineamientos de requisitos del personal», por lo que su interpretación y aplicación es armónica.

De otro lado, como se indicó, frente a la matriz analizada, que estandariza los requisitos de experiencia y formación académica de parte del equipo de trabajo del proponente, en concreto del «personal clave evaluable», pesa la regla de la inalterabilidad, por lo que no es posible que las entidades exijan estudios adicionales o diferentes a los estandarizados, por ejemplo, como lo indica el peticionario, diplomados, cursos o seminarios. En efecto, con la finalidad de preservar la pluralidad de oferentes, el establecimiento de reglas objetivas y, a su vez, garantizar la idoneidad del futuro contratista, esta Agencia consideró que lo más adecuado consistía en exigir, tratándose de profesionales, un título profesional, y frente a los estudios adicionales que fueran posgrados, con un nivel mínimo de exigencia de especialización.

En efecto, los estudios de especialización, maestría y doctorado son los que cuentan con mayores parámetros de exigencias de formación y de estandarización en el sistema educativo, por lo que estudios como los indicados por el peticionario podrían dar lugar a exigencias de difícil acreditación por tratarse, por ejemplo, de un seminario en particular, además que los estudios estandarizados por la Agencia son los que más pueden incidir en la selección de un mejor contratista y que son catalogados como títulos de posgrados.

**2.5. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[9]](#footnote-10), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[10]](#footnote-11). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[11]](#footnote-12), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[12]](#footnote-13) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[13]](#footnote-14).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la aplicación del artículo 35 de la referida ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha disposición, previo a algunas consideraciones generales sobre los criterios de desempate en la contratación estatal.

**2.6. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1.150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Pero, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[14]](#footnote-15).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[15]](#footnote-16). Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente viciaría de nulidad el contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-17).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

**2.7. Factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su aplicación en los documentos tipo**

**2.7.1. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Agencia se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Sin embargo, como se indicó, esto último no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (énfasis fuera de texto).

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, es menester hacer referencia al objeto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre el sentido y forma de acreditación de los factores de desempate previstos en los numerales 2, 5, 6 y 7 del artículo 35. Tales disposiciones normativas están redactadas de la siguiente manera:

[…]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

[…]

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

[…]

Como se advierte, estos numerales no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

Así, en relación con el numeral 2 del artículo 35, como lo ha indicado la Corte Constitucional, «[…] la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental»[[17]](#footnote-18). El proponente también podrá acreditar que la oferta ha sido presentada por mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, situación que, como también ha precisado la Corte Constitucional, se define como «[…] aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia»[[18]](#footnote-19).

El parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 –«Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia»– establece que «La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo». Por lo tanto, a menos que una norma posterior disponga lo contrario, tal declaración basta para acreditar la condición de mujer cabeza de familia[[19]](#footnote-20).

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, dispone que «Las situaciones de violencia que dan lugar a la atención de las mujeres, sus hijos e hijas, se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales». Según los artículos 16 y 17 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este el juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena –en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas–. La medida de protección se debe emitir en una providencia motivada. Por lo tanto, este documento permite acreditar la situación de mujer víctima de violencia intrafamiliar. Las autoridades competentes mencionadas con anterioridad deben «[…] remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos», según lo determina el parágrafo 3 del artículo 17 de la referida Ley. En consecuencia, no basta la copia de la denuncia en la Fiscalía para acreditar que se es víctima de violencia intrafamiliar, pues se requiere la providencia que establezca la medida de protección procedente.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece que este factor de desempate únicamente puede aplicarse cuando en la persona jurídica existe participación mayoritaria *solo* de mujeres cabeza de familia o *solo* de mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar. Lo que dispone es que se debe «Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe *o participen* mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe *o participen* mayoritariamente» (cursiva fuera de texto). Como se observa, la norma utiliza la expresión «[…] o participen […]», lo que significa que permite aplicar el factor de desempate cuando en una misma persona jurídica participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar.

Para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la «persona jurídica», en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

El artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. El decreto reglamentario que se expida podría precisar con mayor nitidez este requisito. A menos que se indicara lo contrario en dicha reglamentación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española dice que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[20]](#footnote-21). Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 35, numeral 2 de la Ley 2069 de 2020, si en un procedimiento de selección se presenta una persona jurídica o proponente plural en los que la participación mayoritaria en las utilidades es de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, se prefiere a este sobre los demás oferentes. En relación con la coexistencia de causales, se debe aplicar lo que determina el parágrafo del artículo 35 de la mencionada Ley, según el cual «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En ausencia de esta reglamentación, conforme al inciso primero de la norma citada, las entidades deberán aplicar los factores de desempate en forma sucesiva y excluyente.

Teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando». Al menos no es eso lo que se deduce del derecho societario, como ya se explicó. En consecuencia, no basta con que uno de los integrantes del consorcio o unión temporal tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demostrar la participación de las mismas, según el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural, sin perjuicio de que se establezcan documentos adicionales en el pliego de condiciones dirigidos a acreditar esta condición, dirigidos a facilitar la evaluación de las ofertas por parte de las entidades estatales. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

En lo que respecta al numeral 5, es decir, a la pertenencia a la «[…] población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas», es importante hacer algunas precisiones frente a cada grupo poblacional. El artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT –«Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»–, aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, caracteriza la «población indígena» como aquella que desciende de grupos que «[…] habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»[[21]](#footnote-22).

Por su parte, el artículo 2, numeral 5, de la Ley 70 de 1993 dispone que «comunidad negra» «Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos». De otro lado, «La población afrocolombiana está compuesta por hombres y mujeres con una marcada ascendencia (lingüística, étnica y cultural) africana. Los y las afrocolombianos(as) son algunos de los descendientes de africanos y africanas –provenientes de diversas regiones y etnias de África– que llegaron al continente americano en calidad de esclavos»[[22]](#footnote-23).

La «población raizal», «Es la población nativa de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina descendientes de la unión entre europeos (principalmente ingleses, españoles y holandeses) y esclavos africanos. Se distinguen por su cultura, lengua (creole), creencias religiosas (iglesia bautista) y pasado histórico similar a los pueblos antillanos como Jamaica y Haití»[[23]](#footnote-24). La «población palenquera» «[…] está conformada por los descendientes de los esclavizados que mediante actos de resistencia y de libertad, se refugiaron en los territorios de la Costa Norte de Colombia desde el Siglo XV denominados palenques. Existen 4 Palenques reconocidos: San Basilio de Palenque (Mahates – Bolívar), San José de Uré (Córdoba), Jacobo Pérez Escobar (Magdalena) y La Libertad (Sucre)»[[24]](#footnote-25).

En cuanto al Pueblo «Rrom» o «gitano» conviene indicar que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2957 del 6 de agosto de 2010, «El Estado colombiano reconoce a los Rom o Gitanos como un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales»[[25]](#footnote-26). Lo importante es que la competencia para la caracterización y registro de cualquiera de los grupos poblacionales anteriormente mencionados reside en el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura y el Departamento Nacional de Estadística –DANE–, por lo cual se sugiere complementar esta información con dichas entidades.

El numeral 5 del artículo 35 no distingue tipos de oferentes. En razón de ello, también se aplica a proponentes plurales, que acrediten «[…], en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas». Ahora bien, sin perjuicio de lo que establezca el reglamento que expida el gobierno nacional, esta Agencia considera que se debe aplicar la normativa vigente sobre la materia, que establece que el Ministerio del Interior es la autoridad encargada de certificar la pertenencia a las poblaciones indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitanas. Lo anterior, se fundamenta en las competencias de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, así como de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, de dicho Ministerio[[26]](#footnote-27). En tal sentido, el proponente deberá acreditar que por lo menos el 10% de sus trabajadores pertenece a estas poblaciones.

Frente al numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que se refiere a las propuestas de «personas en proceso de reintegración o reincorporación», vale señalar que se trata de aquellas personas que hayan pertenecido a grupos al margen de la ley y que se encuentren en proceso de reintegración a la sociedad. La Agencia para la Reincorporación y la Normalización –ARN–, es la «[…] entidad adscrita a la Presidencia de la República, que está encargada de coordinar, asesorar y ejecutar –con otras entidades públicas y privadas– la Ruta de Reintegración de las personas desmovilizadas de los grupos armados al margen de la ley»[[27]](#footnote-28) y, por tanto, ante ella se puede obtener información sobre la acreditación de dicha circunstancia.

La Agencia reitera que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo al aporte en dinero o trabajo. Esta misma acepción aplica para lo establecido en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Como se observa, no es la planta de personal, sino la participación en la persona jurídica o en el proponente plural lo que se tiene en cuenta. Frente a la coexistencia de causales, se debe aplicar lo que determina el parágrafo del artículo 35 de la mencionada Ley, según el cual «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En ausencia de esta reglamentación, conforme al inciso primero de la norma citada, las entidades deberán aplicar los factores de desempate en forma sucesiva y excluyente.

En lo que respecta al numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y considerando solo las inquietudes formuladas en la consulta, debe aclararse que, de acuerdo con el literal a), la oferta del proponente plural integrado por una persona jurídica solo es preferida –según dicho criterio de desempate–, i) si en la persona jurídica la participación de las mujeres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración es mayoritaria, y si, además, ii) la persona jurídica participa por lo menos en un veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural, verbigracia, en el consorcio o unión temporal. Una lectura detenida de dicho literal nos permite concluir que se deben reunir ambas condiciones. De otro lado, lo que indica el literal c) del mismo numeral es que se debe preferir la oferta del proponente plural, si este cumple –entre varios requisitos– con la condición de que ni la madre cabeza de familia, ni la persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales «sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural». Además, se precisa que el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en efecto, tiene como sujeto del factor de desempate al proponente plural. Pero, si se observa lo establecido en los numerales 2 y 6, respectivamente, se advierte que en ellos se regula el supuesto de la persona jurídica que se presenta individualmente y en la cual participan mayoritariamente mujeres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración.

Finalmente, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

Si existe un tratado o acuerdo comercial que establezca disposiciones especiales en materia de compras y contratación pública, prevalece la regulación contenida en aquel. Esta conclusión también se fundamenta en el artículo 2.2.1.2.4.1.1. del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ La Ley 2069 de 2020 no establece que ante la existencia de tratados o acuerdos comerciales que rijan el procedimiento de selección el órgano contratante se debe abstener de aplicar algunos numerales del artículo 35, sino que lo que indica es que la entidad estatal debe consultar en cada caso cuáles son las disposiciones del acuerdo comercial y si son o no compatibles con los factores de desempate. En caso negativo, prevalece el tratado.

**2.7.2. Aplicación de los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en procedimientos de selección regidos por documentos tipo**

Como se estableció en los acápites anteriores, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 comenzó a regir desde la promulgación de dicha ley, por lo que constituyen los criterios a aplicar en los procedimientos de selección de contratistas, perdiendo fuerza ejecutoria lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, tal como sucede, de igual manera, con la regulación establecida en los documentos tipo en relación con los criterios de desempate, particularmente, en relación con el numeral 4.5 del documento base del documento tipo de interventoría.

 En efecto, los documentos tipo, que constituyen una especie del reglamento, son objeto de modificación por parte de otras normas del ordenamiento, que inciden en la vigencia de su contenido, como es el caso relativo a la expedición de una ley, que incide en la forma de aplicación de su contenido. En lo que respecta a los criterios de desempate y, como se indicó, frente al numeral 4.5 enunciado en los párrafos precedentes se presenta el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria, con fundamento en lo siguiente:

El artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 regula los supuestos que generan la pérdida de ejecutoriedad o fuerza ejecutoria del acto administrativo, denominadas por algún sector de la doctrina administrativista como «alteraciones a la normal eficacia del acto administrativo», entre ellos, por Santofimio Gamboa[[28]](#footnote-29). Las causales establecidas en el artículo citado son los siguientes:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia[[29]](#footnote-30).

Los documentos tipo elaborados por la Agencia, expedidos el año pasado, entre ellos el de interventoría, se construyeron teniendo en cuenta la regulación vigente para ese momento del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, que regulaba los «factores de desempate». No obstante, esta fuente normativa fue afectada en su vigencia por la expedición de la Ley 2069 de 2020, lo que causó la pérdida de fuerza ejecutoria de la regulación establecida en los documentos tipo en relación con los «criterios de desempate», en los términos en que fue regulado este contenido, de acuerdo con el numeral 2 de artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, debiendo realizarse su aplicación en los términos del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Sobre la pérdida de fuerza ejecutoria por desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho, también conocida como decaimiento del acto administrativo, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de abril de 2012 señaló:

Este evento ha sido conocido en la doctrina como decaimiento, y se define como un fenómeno de derogación implícita aplicable a los actos administrativos dictados en ejecución de una ley y cuya validez se sustenta en la que se predique de la norma que le da sostén. De modo que cuando una ley es declarada inconstitucional o es derogada, los actos administrativos expedidos para desarrollarla, implementarla o con fundamento en esta (secundum legem), dejan de tener fuerza obligatoria y pierden vigencia de facto. Sobre el fenómeno del decaimiento el Consejo de Estado ha afirmado que en el derecho colombiano no existe una acción autónoma que lo declare o que exprese por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria, pues, el decaimiento de un acto administrativo es un fenómeno que genera la pérdida de fuerza ejecutoria, y por lo tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio[[30]](#footnote-31).

Así las cosas, de cara a este asunto en particular, nos encontramos frente al fenómeno del decaimiento del acto administrativo, pues los elementos de derecho que fundamentaban la regulación de los «criterios de desempate» de los documentos tipo, entre ellos, el numeral «4.5 criterios de desempate» del documento tipo de interventoría fueron alterados. Así las cosas la expedición de la Ley 2069 de 2020 conllevó a que desparecieran los fundamentos de derecho que sustentaban la regulación de los documentos tipo en este aspecto en particular, debiéndose aplicar la normativa vigente, conforme se indicó en los acápites anteriores.

En efecto, es necesario tener en cuenta que la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y, entre ellos, por el decaimiento del acto, también es predicable de los Documentos Tipo, al tratarse estos de un tipo de actos administrativos. En este sentido, la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho en que se sustentan los documentos tipo o parte de su contenido, incide en su eventual pérdida de fuerza ejecutoria. Así, la modificación de la normativa vigente tiene la potencialidad de generar el efecto indicado, como sucede en el caso bajo estudio, pues, como lo señala la doctrina, este fenómeno se presenta, entre otros supuestos, frente a las modificaciones en el ordenamiento jurídico que afectan los fundamentos del acto administrativo, lo que a su vez incide y afecta la motivación del acto, por lo que en virtud de dichas alteraciones este deja de producir efectos parcial o totalmente[[31]](#footnote-32).

Al respecto, es preciso señalar que los Documentos Tipo, al no ser ajenos a estas circunstancias, establecieron la obligación para las entidades estatales de aplicar la normativa y la jurisprudencia vigente aplicable al proceso de contratación. Por ejemplo, el documento base del documento tipo de interventoría en su «introducción» establece que: «El uso de los documentos tipo no exime a la entidad estatal de la obligación de utilizar la normativa y la jurisprudencia aplicable al proceso de contratación, así como de dar cumplimiento a lo ordenado por sentencia judicial». En ese entendido, las entidades estatales al elaborar sus pliegos de condiciones, en procesos sometidos a los documentos tipo, deben adaptar el contenido del numeral relacionado con los criterios de desempate estableciendo una regulación armónica con la normativa vigente, esto es, con el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Para los comentarios de los ciudadanos, el proyecto de resolución está en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/modificacion-documentos-tipo-ley-de-emprendimiento>.

**3. Respuestas**

1. ¿La subsanación de un requisito habilitante de experiencia habilitante implica el otorgamiento de cero (0) puntos en la valoración de la experiencia susceptible de puntaje, a pesar de que los documentos presentados para acreditar la experiencia ponderable no resulten alterados, reemplazados o modificados con dicha subsanación?

2. En caso de que la respuesta a la anterior consulta sea afirmativa, ¿Cuáles son los motivos, razones o fundamentos de orden fáctico y jurídico que respaldan esta medida?, ya que dicha circunstancia no conlleva complementar, adicionar o mejorar las propuestas en los aspectos que otorgan puntaje.

De conformidad con las consideraciones de este concepto, particularmente el numeral 2.3, la Agencia al elaborar el documento tipo optó por ser garantista en cuanto a la posibilidad de subsanar el requisito habilitante de experiencia; pero evitando incurrir en la prohibición de permitir la subsanación de requisitos de la propuesta que incidieran en la asignación de puntaje. En este sentido, como se desprende de la literalidad del numeral 3.8.1, la subsanabildiad de la experiencia solo se presenta en los casos en que con los contratos aportados por el proponente no se logre cumplir con la experiencia mínima habilitante, esto es, «En caso que con los contratos aportados no se acredite este porcentaje mínimo, la entidad solicitará al proponente que subsane su oferta en los términos del numeral 1.6». De esta manera, la subsanabildiad únicamente tendrá por efecto habilitar al oferente y permitir que, en caso de que subsane, sea susceptible de adjudicársele el contrato, evitando, eventualmente, que el proceso tenga que declararse desierto, en los casos en que tal proponente se convierta en el único habilitado.

De esta manera, la subsanación procede únicamente con la finalidad de habilitarse en el procedimiento de selección, pero no para subsanar la experiencia incidiendo en la asignación de puntaje. Por este motivo, se establece la regulación consistente en que cuando el proponente tenga que subsanar la experiencia por no cumplir el requisito mínimo –habilitante– se le asignarán cero puntos por el criterio de asignación de puntaje «experiencia del proponente». Esta regulación se ajusta al ordenamiento, toda vez que si se permitiera la subsanación de la experiencia para efectos de la asignación de puntaje se estaría excediendo la regla de subsanabilidad del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En armonía con lo anterior y con la regla precisa de subsanabilidad establecida en el documento tipo de interventoría, en los supuestos en que el proponente cumpla con el requisito mínimo de experiencia habilitante, no será posible subsanar aspectos relacionados con la experiencia, debido a que ello implicaría subsanar un requisito que incidiría en la asignación de puntaje.

Ahora bien, la regla anterior no implica limitar o incidir en la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones del contenido de las ofertas, actuación que esta Agencia y la jurisprudencia ha diferenciado de la posibilidad de subsanar, fundamentando tal actuación en el artículo 30, numeral 7 de la Ley 80 de 1993[[32]](#footnote-33). De esta manera, es posible que las entidades requieran al proponente para que explique o aclare el contenido de lo que está presente en la oferta, lo que procede tanto frente a los requisitos habilitantes como los que asignan puntaje. En efecto, en el «documento base» del documento tipo de interventoría se establece en el numeral 1.6. –inciso segundo–: «En caso de ser necesario, la entidad debe solicitar a los proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables. No obstante, los proponentes no podrán completar, adicionar o mejorar sus propuestas en los aspectos que otorgan puntaje, los cuales podrán ser objeto de aclaraciones y explicaciones».

En armonía con lo anterior, el «Anexo 3 – Glosario» del documento tipo de interventoría en relación con esta posibilidad establece la siguiente remisión: «Aclaraciones y explicaciones de ofertas: Se remite a las nociones desarrolladas en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 12 de noviembre de 2014, Radicado 27.986, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero». De esta manera, la posibilidad de «subsanar» la experiencia mínima habilitante, no incide en la posibilidad amplia de presentar «aclaraciones o explicaciones» del contenido de las ofertas.

3. En aras de comprender de mejor manera los criterios aplicables para la determinación de los títulos de posgrados del personal clave evaluable, se solicita a Colombia Compra Eficiente aclarar el alcance de la prohibición de establecer títulos de posgrados particulares, dado que, a primera vista, dicho precepto resulta contradictorio con la indicación señalada en la descripción de los títulos de posgrados, donde se señala que deben indicar alternativas de posgrado que deberán acreditarse para el cargo relacionado, por ejemplo: posgrado en estructuras, posgrado en pavimentos, etc., pues en últimas, con la inclusión específica de estas alternativas se termina por establecer títulos de posgrados particulares.

Como se analizó en el numeral 2.4 de este concepto, armonizadas las reglas establecidas en la Matriz 4, en el lugar donde la entidad establece la o las alternativas de los posgrados con los cuales se podrá acreditar el requisito de formación académica, la entidad no puede establecer si el estudio es una especialización, maestría o doctorado en particular, sino que los proponentes podrán acreditar el requisito con cualquiera de estos estudios en un área de conocimiento en particular. Es decir, la entidad no puede establecer, por ejemplo, que el requisito solo se puede cumplir con un doctorado, sino que solo debe establecer un área del conocimiento del posgrado, pudiendo los proponentes acreditar el requisito, tanto con un doctorado, como con una maestría o especialización.

 Además de lo anterior, es posible que al establecer el área de conocimiento del posgrado exigido, este se pueda acreditar con distintos estudios de un mismo nivel, por ejemplo, que de acuerdo con el área que la entidad establezca como posgrado a exigir, el requisito eventualmente se podría acreditar con dos especializaciones diferentes relacionadas con el área de conocimiento exigido por la entidad, por ejemplo, mediante una especialización en análisis y diseño de estructuras o mediante una especialización en estructuras, ambas correspondientes a un posgrado en estructuras.

 En tal sentido, cuando la entidad precisa la alternativa o alternativas para acreditar el estudio de posgrado, debe acatar la regla, que no pierde efecto, establecida en la parte inicial de la «Matriz 4 – Lineamientos de requisitos del personal», por lo que su interpretación y aplicación es armónica.

4. Aunque es claro que no es posible exigir diplomados, cursos o seminarios como estudios de posgrados, de todos modos, dicha prohibición implica entender que, ¿las entidades públicas no pueden exigir ningún tipo de formación académica complementaria para algunos cargos del equipo de trabajo de interventoría, a pesar de que, las condiciones específicas de un determinado contrato lo requieren?

Como se estudió, en relación con la matriz 4, que estandariza los requisitos de experiencia y formación académica de parte del equipo de trabajo del proponente, en concreto del «personal clave evaluable», pesa la regla de la inalterabilidad. En esta medida, no es posible que las entidades exijan estudios adicionales o diferentes a los estandarizados, por ejemplo, como lo indica el peticionario, diplomados, cursos o seminarios. En efecto, con la finalidad de preservar la pluralidad de oferentes, el establecimiento de reglas objetivas y, a su vez, garantizar la idoneidad del futuro contratista, esta Agencia consideró que lo más adecuado consistía en exigir, tratándose de profesionales, un título profesional, y frente a los estudios adicionales que fueran posgrados, con un nivel mínimo de exigencia de especialización.

En efecto, los estudios de especialización, maestría y doctorado son los que cuentan con mayores parámetros de exigencias de formación y de estandarización en el sistema educativo, por lo que estudios como los indicados por el peticionario podrían dar lugar a exigencias de difícil acreditación por tratarse, por ejemplo, de un seminario en particular, además que los estudios estandarizados por la Agencia son los que más pueden incidir en la selección de un mejor contratista y que son catalogados como títulos de posgrados.

Se solicita a Colombia Compra Eficiente aclarar los siguientes interrogantes, relacionados con la aplicabilidad de estos factores de desempate en los procesos de contratación donde aplican y sobre los medios o documentos exigibles para acreditar las condiciones de los proponentes a que hacen referencia los factores descritos en los numerales 2, 5, 6 y 7.

5. A pesar del principio de inalterabilidad de los documentos tipo y a que a la fecha no contemplan los factores en mención en su literalidad legal, ¿es procedente que las entidades públicas adopten los factores de desempate señalados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

6. Con lo regulado en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ¿No resultan aplicables los factores de desempate reglamentados en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015?

7. ¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o por una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente este grupo poblacional?

8. ¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por un oferente que posee por le menos diez porciento (10%) de su nómina perteneciente a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitanas?

9.¿De qué manera se puede o debe acreditar (mecanismo o herramienta legal) que una propuesta es presentada por personas en proceso de reintegración o reincorporación o por una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente este grupo poblacional?

De conformidad con las consideraciones del concepto, en particular el numeral 2.7, frente a las preguntas 5 y 6 del peticionario, se reitera que actualmente no resulta aplicables los factores de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. En este sentido, los factores de desempate vigentes son los establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, por lo que, por las razones desarrolladas ampliamente en las consideraciones, las entidades estatales al elaborar sus pliegos de condiciones, en procesos sometidos a los documentos tipo, deben adaptar el contenido del numeral relacionado con los criterios de desempate estableciendo una regulación armónica con la normativa vigente, esto es, con el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

De otro lado, frente al resto de preguntas, se reitera que los numerales 2, 5, 6 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

 Este criterio también es aplicable a los documentos tipo adoptados mediante la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, pues si bien el numeral 4.5 del documento base se refiere a los factores de desempate del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, el numeral 1.17, literal H, dispone específicamente que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorio en los documentos tipo conforme numeral citado del pliego de condiciones.

En todo caso, esta Agencia en las consideraciones del numeral 2.7.1 estableció la forma en que podrían acreditarse los supuestos indicados por el peticionario en sus preguntas 7, 8 y 9. Sin embargo, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Para los comentarios de los ciudadanos, el proyecto de resolución está en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/modificacion-documentos-tipo-ley-de-emprendimiento>.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. «Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades». [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 1882 de 2018: «Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

»La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

»Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. «Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato». [↑](#footnote-ref-4)
4. En cuanto a las resoluciones vigentes, dicha regla se observa en el artículo 3 de las Resoluciones 240, 241, 248, 249, 256 y 269 de 2020, así como en el artículo 2 de la Resolución 094 de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. Cfr. conceptos C-218 de 2020, C-267 de 2020, C-283 de 2020, C-307 de 2020, C-365 de 2020, C-391 de 2020, C-675 de 2020, C-683 de 2020, C-730 de 2020 y C-779 de 2020. Los conceptos expedidos por la Agencia pueden consultarse en el siguiente link: http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos. [↑](#footnote-ref-6)
6. Las conclusiones indicadas se fundamentan en los numerales primero y cuarto de la Ley 1150 de 2007, de donde se destaca en cursivas lo más relevante: «1. La capacidad jurídica y *las condiciones de experiencia*, capacidad financiera y de organización de los proponentes *serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo […]*.

[…]

«4. *En los procesos para la selección de consultores* se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, *se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente* y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate» (Cursivas fuera del original). [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 2, inciso 2, establece que: «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría […]».

 [↑](#footnote-ref-8)
8. «7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-10)
10. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-11)
11. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-12)
12. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-13)
13. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Exp. 31.918. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. [↑](#footnote-ref-15)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-16)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-17)
17. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-18)
18. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-19)
19. Así lo admitió el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto con radicado No. 20206000017881, del 22 de enero de 2020. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=115437 [↑](#footnote-ref-20)
20. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-21)
21. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf [↑](#footnote-ref-22)
22. Ministerio de Cultura. Afrocolombianos, población con huellas de africanía. Disponible en: <https://mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf> [↑](#footnote-ref-23)
23. Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277 [↑](#footnote-ref-24)
24. Ibíd. [↑](#footnote-ref-25)
25. Según el numeral 3 del artículo 4 del Decreto 2957 de 2010, «Para los Rom, el acto físico de ir de un lugar a otro es apenas un aspecto de su identidad cultural y de su estilo de vida. Dado que el nomadismo significa ante todo una manera de ver el mundo, una actitud particular respecto a la vivienda, al trabajo y a la vida en general, el nomadismo sustenta y da vida a una cosmovisión particular y radicalmente diferente a la que ostentan los pueblos sedentarios. El grupo étnico Rom o Gitano continúa siendo nómada aun cuando no esté realizando desplazamientos permanentemente por cuanto el nomadismo, además, es un estado que hace parte de su espiritualidad e imaginario colectivo». [↑](#footnote-ref-26)
26. En: <https://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/funciones-y-deberes> [↑](#footnote-ref-27)
27. En: http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia [↑](#footnote-ref-28)
28. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 563. [↑](#footnote-ref-29)
29. Ley 1437 de 2011: «Artículo 91. Perdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

Cuando pierdan vigencia» [↑](#footnote-ref-30)
30. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Exp. 25.693. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

 [↑](#footnote-ref-31)
31. Santofimio Gamboa, al desarrollar esta causal de pérdida de fuerza ejecutoria señala en su texto que: «Cintra do Amaral identifica el decaimiento como las modificaciones de orden legal que le retiran los fundamentos de validez a un acto que ha sido producido válidamente.

»El decaimiento del acto en el derecho colombiano está en íntima relación con la motivación del acto, se configura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto. Recordemos que al estudiar los elementos externos del acto administrativo identificábamos como uno de los principales el denominado de los motivos o razones de orden jurídico que le sirven a la administración para determinar su competencia e igualmente para resolver sustancialmente el conflicto planteado. Al desaparecer uno de esos elementos se configura en el derecho colombiano el fenómeno del decaimiento». (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ob. Cit., p. 568). [↑](#footnote-ref-32)
32. «7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-33)