CCE-DES-FM-17

**CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Obligatoriedad**

La ley es clara cuando establece que los conceptos, emitidos por las autoridades al responder peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, en otras palabras, no tienen efectos vinculantes. Las respuestas emitidas como concepto, entonces, consisten en la posición hermenéutica que las entidades tienen respecto del ordenamiento jurídico. Esto explica por qué esta Agencia, reiteradamente, no resuelve controversias concretas ni brinda asesoría a los partícipes de la contratación estatal.

**FUNCIÓN CONSULTIVA – Alcance**

Las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático. De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

**CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Revocación directa – Improcedencia**

Así las cosas, Colombia Compra Eficiente considera que no hay lugar a acceder, por ejemplo, a solicitudes de *revocación directa* de los conceptos, pues no son actos administrativos, no tienen efectos vinculantes en relación con una situación jurídica particular y concreta, y exponen un criterio que, aunque jurídicamente fundamentado, no representan necesariamente la *única* interpretación válida del ordenamiento jurídico. Lo anterior no implica que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considere inalterables sus posturas, pues, de ser necesario, podría replantear una tesis previamente expuesta, bajo estrictos estándares argumentativos, al emitir otro concepto, ya que, dada su falta de vinculatoriedad, la legitimación de sus posturas proviene de la fuerza de los argumentos.

**FUNCIÓN CONSULTIVA – Objeto**

Los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contienen la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. El fundamento para su expedición se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Tales conceptos no son actos administrativos, es decir, no son decisiones vinculantes u obligatorias, sino que están revestidos de la naturaleza que les confiere el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, constituyen doctrina, y por lo tanto son criterios auxiliares para la interpretación y aplicación del derecho. De ahí que no sean obligatorios.

Por lo demás, la actividad hermenéutica que lleva a cabo la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera las fuentes normativas de la contratación estatal para asignarles un sentido razonable. Cuando las disposiciones normativas han sido objeto de desarrollo reglamentario o de pronunciamiento judicial, la Agencia tiene en cuenta en los conceptos tales elementos, para construir su interpretación de las normas. Pero, cuando se trata de la definición o comprensión de palabras que no gozan de una delimitación conceptual efectuada por vía reglamentaria o jurisdiccional, Colombia Compra Eficiente deduce el significado que considera más adecuado y armónico con las demás normas que conforman el sistema jurídico de compras y contratación pública. Esto último es lo que sucede con la expresión «mayor proporción», contenida en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Al ser una Ley recientemente expedida y no existir reglamentación, ni jurisprudencia, que haya acotado tal concepto, la Agencia realiza su interpretación *prima facie*. Sin embargo, se reitera, dicha interpretación no es vinculante, ni niega que pueda haber otras interpretaciones.

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

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.

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

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 similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

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 halla 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.

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. Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

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 dicha Ley.

En cuando al contenido de la Ley en comento, es importante señalar que, como lo expresa su 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 a 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, así como la consagración de incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía, y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4**

Por tanto, se reitera lo dicho en el concepto C-015 del 4 de febrero de 2021, para señalar, en relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, la interpretación más razonable es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define en el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

Además, el numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[…] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

Bogotá D.C., **19/04/2021 11:32:43**



Señor

**Juan Pablo Muñoz Andrade**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 176 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Obligatoriedad / FUNCIÓN CONSULTIVA – Alcance / CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Revocación directa – Improcedencia / FUNCIÓN CONSULTIVA – Objeto / SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210309001939 |

Estimado señor Muñoz:

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 del 9 de marzo del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas, relacionadas con el contenido del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia»:

«En relación numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, Colombia Compra Eficiente – CCE en concepto C 015 de 2021, en respuesta al siguiente planteamiento:

»Para este enunciado, respetuosamente se le solicita a la entidad aclarar el alcance de la expresión “mayor proporción”, pues dentro de la norma no queda claro si las entidades estatales se decantarán por los oferentes que tengan un porcentaje determinado de trabajadores, respecto del total de su planta, en las condiciones descritas (como ocurre actualmente con el criterio de discapacidad); o si por el contrario, la “proporción” hace referencia a un criterio meramente cuantitativo, según el cual las entidades estales elegirán al proponente que más personas mayores sin pensión logren acreditar en su planta.

»Responde:

»El numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[...] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

»De la lectura del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es claro que a diferencia de los criterios 3 y 5, el 4 NO establece porcentajes, por el contrario, lo que establece es una proporción, ahora bien para interpretar lo que el legislador dice, 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», así́ resulta conveniente remitirse a lo que el Diccionario de la Lengua Española dice: “Proporción: 5. f. Mat. Igualdad de dos razones. Proporción aritmética, geométrica.”, por lo tanto pedimos a CCE aclarar que cuando dice: “cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente” ello se debe comparar al total de las personas vinculadas por el Proponente, es decir aquellas que reúnan la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley más aquellas que NO reúnan dicha condición, de tal manera que se pueda hallar la razón, es decir la proporción, para ello citamos el siguiente ejemplo:

»Proponente A: i) Acredita la vinculación de 200 personas ii) De esas 200 vinculadas, 3 reúnen la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley (sic)

»Proponente B: i) Acredita la vinculación de 9 personas ii) De esas 9 vinculadas, 3 reúnen la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley (sic)

»Nótese que en nuestro ejemplo ambos proponentes cuentan con el mismo número (tres, 3) de personas vinculadas por el oferente que además reúnen la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley. Sin embargo, el numeral 4 habla de mayor “proporción” no de mayor “número” y esos dos términos NO son sinónimos, por lo que al hallar la proporción o razón de los que cumplen respecto del total de vinculados, los resultados son diferentes y serían así:

»Proponente A: 3/200= 0,015

»Proponente B: 3/9 = 0,333333

»Y resulta que 0,33333 es una proporción MAYOR QUE 0,015

»Por lo que agradecemos a CCE, ACLARAR que no se trata del mayor número de personas vinculadas que cumplan con el requisito si no que se trata, como lo dice el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 de LA MAYOR PROPORCIÓN (sic)».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) efecto jurídico de los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ii) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, iii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020 y iv) forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley y reiteración del concepto C-015 del 4 de febrero de 2021 en cuanto a la interpretación del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Es importante destacar 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. Igualmente, entre otros pronunciamientos, en los conceptos C-009, 012, 013, 015, 016, 026 del 4 de febrero de 2021, así como en los Conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021 y C-043 del 9 de febrero de 2021, se analizaron algunos aspectos sobre la aplicación de la Ley de Emprendimiento. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Efecto jurídico de los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las normas que conforman el sistema de compras y contratación pública. Esta competencia consultiva se relaciona con el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

 La ley es clara cuando establece que los conceptos, emitidos por las autoridades al responder peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, en otras palabras, no tienen efectos vinculantes. Las respuestas emitidas como concepto, entonces, consisten en la posición hermenéutica que las entidades tienen respecto del ordenamiento jurídico. Esto explica por qué esta Agencia, reiteradamente, no resuelve controversias concretas ni brinda asesoría a los partícipes de la contratación estatal.

 Esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen la misma función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011»[[1]](#footnote-2). Igualmente, en concepto del año 2017[[2]](#footnote-3), la Contraloría General de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la *única* posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[3]](#footnote-4).

Las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático. De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

 En similares términos, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 establece, en relación con la Sala de Consulta y Servicio Civil, que «los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario»[[4]](#footnote-5). Se trata, *mutatis mutandi*,del ejercicio de una función consultiva, cuyos efectos, por ende, serán los mismos: no vinculantes ni de obligatorio cumplimiento. En relación con el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[5]](#footnote-6), se pronunció en los siguientes términos:

De otra parte, recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P).

No se trata entonces de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.

 El ejercicio de la función consultiva del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 descarta la resolución de controversias en curso o de problemas cuyos efectos se concreten. Lo primero, debe manejarlo la propia entidad ante la que se presenta el problema, y lo segundo el juez competente. En últimas, siempre que no exista una decisión judicial vinculante, los destinatarios de la norma serán los que interpreten el ordenamiento jurídico. Así las cosas, a título de ejemplo, si una entidad considera que un término vence en un momento específico, habida cuenta de su lectura exegética de la norma respectiva, pero otra entiende que el término vence en otro momento, amparada en una lectura teleológica del ordenamiento jurídico, serán los destinatarios de dicha norma los que decidirán cuál es la interpretación por la que optan, claro está, sin perjuicio del posterior control judicial que podrá hacerse a solicitud de alguno de los interesados. No se trata, entonces, de jerarquías interpretativas sino de opiniones diferentes. El peso de la interpretación depende de la razonabilidad de los argumentos y de la inteligibilidad de la opinión.

 Otro asunto es que la entidad que lee la norma exegéticamente, luego de la decisión judicial, ejerza sus competencias desconociendo la interpretación del juez, como podría pasar, en el ejemplo propuesto, si la entidad rechaza por extemporáneo un recurso, omitiendo la lectura que los jueces hicieron con criterio de autoridad. Con todo, por la naturaleza de la función consultiva, es perfectamente válido que la misma entidad, a título de concepto, mantenga la opinión que no coincide con la judicial, porque la misma no es vinculante.

 Así las cosas, Colombia Compra Eficiente considera que no hay lugar a acceder, por ejemplo, a solicitudes de *revocación directa* de los conceptos, pues no son actos administrativos, no tienen efectos vinculantes en relación con una situación jurídica particular y concreta, y exponen un criterio que, aunque jurídicamente fundamentado, no representan necesariamente la *única* interpretación válida del ordenamiento jurídico. Lo anterior no implica que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considere inalterables sus posturas, pues, de ser necesario, podría replantear una tesis previamente expuesta, bajo estrictos estándares argumentativos, al emitir otro concepto, ya que, dada su falta de vinculatoriedad, la legitimación de sus posturas proviene de la fuerza de los argumentos.

**2.2. 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 similar, 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[[6]](#footnote-7).

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[[7]](#footnote-8). Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-9).

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».

**2.3. 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 a 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 interpretación del artículo 35 de la referida Ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.4. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Análisis especial del numeral 4. Reiteración del concepto C-015 del 4 de febrero de 2021**

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 el numeral cuarto de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tal disposición, 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.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo 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 solicita aclarar el sentido del factor de desempate previsto en el numeral 4 del artículo 35. La disposición normativa objeto de consulta está redactada de la siguiente manera:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes

[…]

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

[…].

Como se advierte, este numeral no establece un medio específico para acreditar la circunstancia a la que se refiere. 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 lo previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, la interpretación más razonable es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define en el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

El numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[…] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferente, dicho criterio de desempate se debe aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debe acreditar la proporción de personas mayores vinculadas a aquel y que además «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», para beneficiarse del factor de desempate. La norma guarda silencio sobre la acreditación de la condición que da lugar al factor de desempate. Por tanto, esta Agencia considera que, sin perjuicio de que el reglamento que expida el gobierno nacional determine un medio de acreditación especial, existe libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad contratante puede determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál será el medio para evidenciar la vinculación de las personas mayores por parte del oferente.

Los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contienen la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. El fundamento para su expedición se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Tales conceptos no son actos administrativos, es decir, no son decisiones vinculantes u obligatorias, sino que están revestidos de la naturaleza que les confiere el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, constituyen doctrina, y por lo tanto son criterios auxiliares para la interpretación y aplicación del derecho. De ahí que no sean obligatorios.

Por lo demás, la actividad hermenéutica que lleva a cabo la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera las fuentes normativas de la contratación estatal para asignarles un sentido razonable. Cuando las disposiciones normativas han sido objeto de desarrollo reglamentario o de pronunciamiento judicial, la Agencia tiene en cuenta en los conceptos tales elementos, para construir su interpretación de las normas. Pero, cuando se trata de la definición o comprensión de palabras que no gozan de una delimitación conceptual efectuada por vía reglamentaria o jurisdiccional, Colombia Compra Eficiente deduce el significado que considera más adecuado y armónico con las demás normas que conforman el sistema jurídico de compras y contratación pública. Esto último es lo que sucede con la expresión «mayor proporción», contenida en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Al ser una Ley recientemente expedida y no existir reglamentación, ni jurisprudencia, que haya acotado tal concepto, la Agencia realiza su interpretación *prima facie*. Sin embargo, se reitera, dicha interpretación no es vinculante, ni niega que pueda haber otras interpretaciones.

**3. Respuestas**

«En relación numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, Colombia Compra Eficiente – CCE en concepto C 015 de 2021, en respuesta al siguiente planteamiento:

»Para este enunciado, respetuosamente se le solicita a la entidad aclarar el alcance de la expresión “mayor proporción”, pues dentro de la norma no queda claro si las entidades estatales se decantarán por los oferentes que tengan un porcentaje determinado de trabajadores, respecto del total de su planta, en las condiciones descritas (como ocurre actualmente con el criterio de discapacidad); o si por el contrario, la “proporción” hace referencia a un criterio meramente cuantitativo, según el cual las entidades estales elegirán al proponente que más personas mayores sin pensión logren acreditar en su planta.

»Responde:

»El numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[...] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

»De la lectura del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es claro que a diferencia de los criterios 3 y 5, el 4 NO establece porcentajes, por el contrario, lo que establece es una proporción, ahora bien para interpretar lo que el legislador dice, 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», así resulta conveniente remitirse a lo que el Diccionario de la Lengua Española dice: “Proporción: 5. f. Mat. Igualdad de dos razones. Proporción aritmética, geométrica.”, por lo tanto pedimos a CCE aclarar que cuando dice: “cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente” ello se debe comparar al total de las personas vinculadas por el Proponente, es decir aquellas que reúnan la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley más aquellas que NO reúnan dicha condición, de tal manera que se pueda hallar la razón, es decir la proporción, para ello citamos el siguiente ejemplo:

»Proponente A: i) Acredita la vinculación de 200 personas ii) De esas 200 vinculadas, 3 reúnen la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley (sic)

»Proponente B: i) Acredita la vinculación de 9 personas ii) De esas 9 vinculadas, 3 reúnen la condición de ser mayores y que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley (sic)

»Nótese que en nuestro ejemplo ambos proponentes cuentan con el mismo número (tres, 3) de personas vinculadas por el oferente que además reúnen la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley. Sin embargo, el numeral 4 habla de mayor “proporción” no de mayor “número” y esos dos términos NO son sinónimos, por lo que al hallar la proporción o razón de los que cumplen respecto del total de vinculados, los resultados son diferentes y serían así:

»Proponente A: 3/200= 0,015

»Proponente B: 3/9 = 0,333333

»Y resulta que 0,33333 es una proporción MAYOR QUE 0,015

Por lo que agradecemos a CCE, ACLARAR que no se trata del mayor número de personas vinculadas que cumplan con el requisito si no que se trata, como lo dice el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 de LA MAYOR PROPORCIÓN (sic)».

Los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contienen la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. El fundamento para su expedición se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Tales conceptos no son actos administrativos, es decir, no son decisiones vinculantes u obligatorias, sino que están revestidos de la naturaleza que les confiere el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, constituyen doctrina, y por lo tanto son criterios auxiliares para la interpretación y aplicación del derecho. De ahí que no sean obligatorios.

Por lo demás, la actividad hermenéutica que lleva a cabo la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera las fuentes normativas de la contratación estatal para asignarles un sentido razonable. Cuando las disposiciones normativas han sido objeto de desarrollo reglamentario o de pronunciamiento judicial, la Agencia tiene en cuenta en los conceptos tales elementos, para construir su interpretación de las normas. Pero, cuando se trata de la definición o comprensión de palabras que no gozan de una delimitación conceptual efectuada por vía reglamentaria o jurisdiccional, Colombia Compra Eficiente deduce el significado que considera más adecuado y armónico con las demás normas que conforman el sistema jurídico de compras y contratación pública. Esto último es lo que sucede con la expresión «mayor proporción», contenida en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Al ser una Ley recientemente expedida y no existir reglamentación, ni jurisprudencia, que haya acotado tal concepto, la Agencia realiza su interpretación *prima facie*. Sin embargo, se reitera, dicha interpretación no es vinculante, ni niega que pueda haber otras interpretaciones.

Por tanto, se reitera lo dicho en el concepto C-015 del 4 de febrero de 2021, para señalar, en relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, la interpretación más razonable es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define en el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

Además, el numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[…] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
2. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
3. ARBOLEDA PERDONO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-4)
4. Cfr. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Función Consultiva y Consejo de Estado en Colombia. Ponencia presentada en las III Jornadas Internacionales de la Función Consultiva, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. México. 2012. Pág. 9. Texto disponible para ser consultado en el siguiente hipervínculo: https://issuu.com/estudiolegalhernandez/docs/ahb.\_funci\_\_n\_consultiva\_y\_consejo\_. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de octubre de 2009. Expediente 11001-03-06-000-2009-00049-00(1966). C.P. William Zambrano Cetina. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-7)
7. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-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)