CCE-DES-FM-17

**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**

Sin embargo, 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, entre las que se cuenta 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. Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate 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 esta ley.

En cuanto 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, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. De igual forma, 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

**DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.1.2.2.9. – Derogatoria – Decaimiento**

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

**DECRETO 1082 DE 2015 – Factores de desempate – Derogatoria – Artículo 35 − Ley 2069 de 2020 – Subasta inversa – Mínima cuantía**

Lo expuesto en los dos (2) párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, para los procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía. Así las cosas, el legislador estableció en el primer inciso del artículo 35 de la ley 2069 de 2020, que los factores de desempate regulados en esta norma aplican en todos los procesos de selección, desarrollados tanto por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por las exceptuadas de este. En efecto, este inciso dispone lo siguiente […]

[…] puede afirmarse que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 también ha perdido fuerza ejecutoria con la vigencia del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que contiene una regulación nueva y completa de los factores de desempate que aplican en los procesos de selección, sin distinguir las modalidades contractuales en las que rigen estos criterios. Por tal razón, esta Agencia concluye que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 ha perdido fuerza ejecutoria y que en los procesos de selección abreviada adelantados por las entidades estatales los factores de desempate que estas deben aplicar directamente son los previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

 […]

Tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública Particularmente, conforme a la exposición de motivos, la ley «[…] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, […] y *define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento*» (Énfasis fuera de texto). En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía, cuando la regla revista en el artículo citado obliga a todas las entidades exceptuadas sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección.

Ahora bien, el Congreso de la República hizo obligatoria la aplicación de los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a todos «[…] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos», sin excepción alguna. La selección abreviada y la mínima cuantía son procesos de contratación que se realizan con cargo a recursos públicos. Por lo tanto, en el trámite de estos procesos deben aplicarse los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para estas modalidades de selección.



Bogotá, 04 Mayo 2021

Señor

**Nilton Javier Caicedo Vidal**

Cali, Valle del Cauca

 **Concepto C ‒ 195 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.1.2.2.9. – Derogatoria – Decaimiento / DECRETO 1082 DE 2015 – Factores de desempate – Derogatoria – Artículo 35 − Ley 2069 de 2020 – Subasta inversa – Mínima cuantía |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210318002270 |

Estimado señor Caicedo Vidal:

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 18 de marzo del 2021.

**1. Problema planteado**

Respecto a los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», usted realiza la siguiente preguntas: i) «¿Los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, son aplicables a los procesos de mínima cuantía y la subasta inversa o continúa con los factores de desempate señalados en el Decreto 1082 de 2015?» ii) «¿En el caso anterior, no?».

**1. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020 y iii)derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082de 2015, revisando lo que sucede en el caso de la subasta inversa y mínima cuantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020 y C-551 del 24 de septiembre de 2020, explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. Igualmente, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 4 de febrero de 2021, así como en los Conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-028, C-029 del 23 de febrero de 2021, C-040 del 2 de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C-058, C-061 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-081, C-087 del 24 de marzo de 2021, C-137, C-139 del 15 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-162, C-165 del 13 de abril de 2021 y C-176 del 19 de abril de 2021, se analizaron algunos aspectos sobre la aplicación de la Ley de Emprendimiento.

 Por otra parte en el concepto C-098 del 23 de febrero de 2021, se analizó la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2021, al procedimiento de selección de subasta inversa, lo propio se hizo en los conceptos C-007 del 16 de febrero de 2021, C-127 del 6 de abril de 2021, C-138 del 7 de abril de 2021, C-158 del 15 de abril de 2021, C-163, C-164 del 19 de abril de 2021, en cuanto a la aplicación de los factores de desempate del artículo en mención a los procedimientos de mínima cuantía, por último en los conceptos C-101 del 24 de marzo de 2021 y C-117 del 26 de marzo de 2021, se analizó la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en los procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía. Algunas de las consideraciones de estos conceptos en lo pertinente, se reiteran a continuación.

**2.1. 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.

Sin embargo, 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, entre las que se cuenta 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[[1]](#footnote-1).

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[[2]](#footnote-2). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3).

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».

**2.2. 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 cuanto 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[[4]](#footnote-4), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-5). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-6), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-7) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-8).

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.

**2.3. Derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015: especial referencia a la subasta inversa y la mínima cuantía.**

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 la aplicación de dicho artículo a los procesos de selección abreviada por subasta inversa y los procedimientos de mínima cuantía, 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.

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.

Además, 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.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[9]](#footnote-9). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo expuesto en los dos (2) párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, para los procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía. Así las cosas, el legislador estableció en el primer inciso del artículo 35 de la ley 2069 de 2020, que los factores de desempate regulados en esta norma aplican en todos los procesos de selección, desarrollados tanto por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por las exceptuadas de este. En efecto, este inciso dispone lo siguiente:

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.

De acuerdo con la norma transcrita, en cuanto al procedimiento de selección de subasta inversa surge la inquietud de si el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 ha producido también el decaimiento del numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Si al terminar la subasta inversa hay empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto».

Con fundamento en la argumentación precedente, puede afirmarse que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 también ha perdido fuerza ejecutoria con la vigencia del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que contiene una regulación nueva y completa de los factores de desempate que aplican en los procesos de selección, sin distinguir las modalidades contractuales en las que rigen estos criterios. Por tal razón, esta Agencia concluye que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 ha perdido fuerza ejecutoria y que en los procesos de selección abreviada adelantados por las entidades estatales los factores de desempate que estas deben aplicar directamente son los previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Esta afirmación se sustenta en el criterio *Lex posterior derogat priori*, cuya aplicación se encuentran prevista en el artículo 2 de la ley 153 de 1887. Además, con el fin de descartar la aplicación criterio de especialidad, la jurisprudencia constitucional explica que este criterio no es aplicable cuando se trata de preceptos de distinta jerarquía[[10]](#footnote-10). Esta situación se presenta en este caso, pues la Ley 2069 de 2020 tiene una jerarquía superior al Decreto 1082 de 2015 en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la explicación de la derogatoria producida por la Ley de Emprendimiento sobre los factores de desempate del proceso de mínima cuantía requiere un análisis adicional, pues el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación […]», lo que podría llevar a concluir que los procesos de mínima cuantía se rigen exclusivamente por las reglas del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y lo reglamentado en el decreto 1082 de 2015.

No obstante, una interpretación exegética del parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento desconocería la aplicación de normas transversales al sistema de compras y contratación pública, tales como la capacidad de los consorcios y las uniones temporales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los requisitos para ejercer las potestades exorbitantes o los principios de la contratación estatal –arts. 6, 8, 14.2 y 23 de la Ley 80 de 1993, respectivamente–. Llevada al extremo, la idea de que el procedimiento de mínima cuantía solo se regula por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y su correspondiente reglamentación genera consecuencias absurdas, pues daría a entender que el reglamento podría llegar a modificar aspectos elevados a rango de ley, como lo son los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Además, aunque el artículo 5.1 de la Ley 57 de 1887 consagra la regla *lex specialis derogat legi generali*[[11]](#footnote-11), este criterio para la resolución de antinomias carece de aplicación matemática para concluir que los factores de desempate para la mínima cuantía se rigen por las normas especiales previstas en el reglamento. De esta manera, los límites de esta regla hay que verificarlos en cada caso teniendo en cuenta la intención del legislador, por lo cual es posible la existencia de una regla general que no tolere excepciones[[12]](#footnote-12). Al respecto, la doctrina considera que:

[…] la preferencia por la norma especial sobre la norma posterior no puede tener jamás un valor absoluto, porque razones de orden teleológico pueden impeler a dar prioridad a la *lex posterior generalis*. Piénsese en las hipótesis de nueva regulación integral de la materia, por reducida que la materia sea: parece que la vocación de regulación uniforme debe prevalecer sobre las diferencias sectoriales preexistentes. Por ello, incluso quienes defienden la primacía del criterio de la especialidad en caso de conflicto con el criterio cronológico lo hacen con reservas y sin atribuir a esta afirmación un valor absoluto. Ha sido sugerido, en este sentido, que el aforismo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* opera como una mera presunción hermenéutica, que puede ser destruida por una clara *voluntas legis* de sentido contrario[[13]](#footnote-13).

Tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública Particularmente, conforme a la exposición de motivos, la ley «[…] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, […] y *define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento*» (Énfasis fuera de texto)[[14]](#footnote-14). En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía, cuando la regla revista en el artículo citado obliga a todas las entidades exceptuadas sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección.

Ahora bien, el Congreso de la República hizo obligatoria la aplicación de los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a todos «[…] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos», sin excepción alguna. La selección abreviada y la mínima cuantía son procesos de contratación que se realizan con cargo a recursos públicos. Por lo tanto, en el trámite de estos procesos deben aplicarse los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para estas modalidades de selección.

**3. Respuestas**

i) «¿Los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, son aplicables a los procesos de mínima cuantía y la subasta inversa o continúa con los factores de desempate señalados en el Decreto 1082 de 2015?».

ii) «¿En el caso anterior, no?».

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que modifica el régimen de los factores de desempate en la contratación estatal, se encuentra vigente y goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Estos criterios de desempate actualmente son aplicables a todas las entidades estatales, independientemente de su régimen de contratación. Ahora bien, en cuanto a la subasta inversa, surge la inquietud de si el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 ha producido también el decaimiento del numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Si al terminar la subasta inversa hay empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto».

Al respecto, puede afirmarse que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 ha perdido igualmente fuerza ejecutoria en virtud de la entrada en vigencia del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que contiene una regulación nueva y completa de los factores de desempate que se deben aplicar en los procesos de selección, sin distinguir las modalidades contractuales en las que rigen estos criterios. Por lo anterior, esta Agencia concluye que el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 ha perdido fuerza ejecutoria y que en los procesos de selección abreviada adelantados por las entidades estatales los factores de desempate que estas deben aplicar directamente son los previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Por otra parte, en relación con el procedimiento de mínima cuantía, si bien el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación […]», lo que podría llevar a concluir que los procesos de mínima cuantía se rigen exclusivamente por las reglas del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y lo reglamentado en el decreto 1082 de 2015, tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública, en esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía, cuando la regla revista en el artículo citado obliga a todas las entidades exceptuadas sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para este procedimiento de selección.

Así las cosas, el Congreso de la República hizo obligatoria la aplicación de los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a todos «[…] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos», sin excepción alguna. La selección abreviada y la mínima cuantía son procesos de contratación que se realizan con cargo a recursos públicos. Por lo tanto, en el trámite de estos procesos deben aplicarse los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| probó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-8)
9. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

»2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

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

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

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez: «En relación con este último punto, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior». [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 5 de la Ley 57 de 1887 dispone que «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

»Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

»1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

»2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública». [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. p. 134. [↑](#footnote-ref-12)
13. DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid: Editorial Civita, 1990. p. 363. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibidem*. p. 18. [↑](#footnote-ref-14)