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**

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. Más aún, 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 2 – Acreditación**

[…], este numeral no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las 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.

Bogotá D.C., **09/06/2021 18:06:27**



Señor

**Juan David Orjuela Garavito**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 272 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 / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 –Numeral 2 – Acreditación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210427003502 |

Estimado señor Orjuela:

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 27 de abril 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»:

«Para acreditar el factor de desempate contenido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para una persona jurídica, ¿se debe entender que la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar exige que estas son titulares de más del 50% de la participación accionaria o cuotas en la persona jurídica?

»[…]

»[…] En el caso de que una persona jurídica quiera acreditar que una (1) mujer cabeza de familia o una (1) mujer víctimas de la violencia intrafamiliar cumple con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 porque esta persona individualmente considerada tiene más del 50% de la participación accionaria o cuota parte de la persona jurídica, ¿deben las entidades estatales (incluyendo Colombia Compra Eficiente) exigir que dicha situación de control (en los términos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015) este debidamente declarada en el registro mercantil y en el RUP?

»[…] En caso de que una entidad estatal (incluyendo Colombia Compra Eficiente) acredite el factor de desempate establecido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para una persona jurídica en donde una (1) mujer cabeza de familia o una (1) mujer víctimas de la violencia intrafamiliar, individualmente considerada tiene más del 50% de la participación accionaria o cuota parte de la persona jurídica, pero en donde dicha situación de control no se encuentre debidamente declarada en el registro mercantil y en el RUP (en los términos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015), ¿se estaría violando los principios de legalidad establecidos para la contratación pública? ¿que consecuencias se generaría para tanto la entidad pública como para los funcionarios públicos?

»[…]

»¿Debe una entidad estatal (tal como dicho término es definido en la Ley 80 de 1993) sujeta al régimen de contratación privado o regímenes especiales de contratación, utilizar obligatoriamente los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

»[…] En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa y una entidad estatal sujeta al régimen de contratación privado o regímenes especiales de contratación no haya utilizado los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en un proceso de contratación iniciado con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, ¿Qué consecuencias jurídicas se le genera a ese proceso de selección? El contrato que se celebre de esa manera, ¿es nulo de pleno derecho?»

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual 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) forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley.

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. De igual manera, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-008 del 16 de febrero de 2021, C-081, C-087 y C-089 del 23 de febrero de 2021, C-044 del de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021 y C‒055 del 10 de marzo de 2021 se estudiaron los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Algunas de las consideraciones de estos conceptos 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 1150 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 materializar el principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación adecuados, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

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. 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[[1]](#footnote-2).

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-3). Más aún, 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[[3]](#footnote-4).

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-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

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. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en el numeral 2**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual 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, 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, conviene destacar –según lo señala su inciso primero­– que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son obligatorios «[…] 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» (cursiva fuera de texto).

En consecuencia, bien sea que la entidad estatal contratante se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o por el derecho privado, *debe* aplicar los criterios de desempate establecidos en el referido artículo 35. Esta norma es imperativa y, por consiguiente, su inobservancia podría hacer incurrir en *objeto ilícito* el contrato que llegare a celebrarse, pues, según el artículo 1519 del Código Civil, «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación». Esta causal debe ser declarada en un proceso judicial, es decir que no opera de pleno derecho, como se deduce del artículo 1742 del Código Civil[[9]](#footnote-10). Dicha causal de nulidad absoluta también se reconoce en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 para las entidades estatales que se rigen por esta[[10]](#footnote-11). La Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido la consecuencia jurídica de la nulidad absoluta del contrato por omitir los factores de desempate en el pliego de condiciones o documento equivalente, afirmando que «[…], existen criterios de desempate que se incorporan por Ley al contenido mínimo de las reglas del proceso de selección y que son de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas»[[11]](#footnote-12), de manera que cuando se selecciona al futuro contratista sin haber considerado los criterios de desempate obligatorios, se atenta contra normas de orden público. Lo anterior, por cuanto:

[…] es imposible seleccionar a un contratista en esas condiciones, pues esta será ajena al principio de selección objetiva y, por ende, se está en presencia de la causal de nulidad absoluta de la relación contractual así perfeccionada, contenida en el artículo 6 del Código Civil ─incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80─, consistente en la vulneración de normas de orden público u objeto ilícito, siendo que se inobservó el contenido del literal b) del numeral 5 del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-13).

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 necesario hacer referencia al objeto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre el sentido y forma de acreditación del factor de desempate previsto en el numeral 2 del artículo 35. La disposición 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

[…]

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

[…]

Como se advierte, este numeral no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las 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 el numeral 2 del artículo 35, como lo ha indicado la Corte Constitucional, «[…] la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental»[[13]](#footnote-14). El proponente también podrá acreditar que la oferta ha sido presentada por mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, situación que, como también ha precisado la Corte Constitucional, se define como «[…] aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia»[[14]](#footnote-15).

El parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 –«Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia»– establece que «La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo». Por lo tanto, a menos que una norma posterior disponga lo contrario, tal declaración basta para acreditar la condición de mujer cabeza de familia[[15]](#footnote-16).

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

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

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

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

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española dice que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[16]](#footnote-17). Esta noción es acorde con el derecho societario, bajo el entendimiento que la participación recae en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que su consulta se refiere al entendimiento de la expresión «mayoritariamente», debe decirse que, si bien la norma en comento no definió lo que debe entenderse por «participación mayoritaria», se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en el numeral 2 del artículo 35 de la ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamilar cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Lo anterior sin perjuicio que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.

Sin perjuicio de lo anterior, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. En ese sentido, en relación con el criterio de desempate contenido en el numeral 2 del artículo 35 de la ley 2069 de 2020 la resolución contempla que la «Participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar» debe entenderse que es *más del 50% de la composición accionaria* *o cuota parte* de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

En caso de que una mujer cabeza de familia o víctima de violencia intrafamiliar tenga participación superior al 50% en la persona jurídica, podría presentarse uno de los eventos de *situación de control* en materia societaria. Lo anterior con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 261 del Código de Comercio, que prescribe lo siguiente:

Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido *por una o varias personas naturales* o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad (énfasis fuera de texto).

Así también lo ha reconocido la doctrina, al señalar que «[…] es claro que si un socio posee más del 50%, así sea persona natural, asume la calidad de controlante de la sociedad»[[17]](#footnote-18). En aquellos casos en los cuales la persona jurídica se encuentra obligada a estar inscrita en el Registro Único de Proponentes –RUP– para participar en un proceso de contratación[[18]](#footnote-19), el certificado del RUP debe dar cuenta de la situación de control existente, pues así lo exige el numeral 2.2. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

2. Si es una persona jurídica:

[…]

2.2. Certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si la persona jurídica está obligada a tenerlo, o el auditor o contador, en el que conste que el interesado no es parte de un grupo empresarial, no ejerce control sobre otras sociedades y no hay situación de control sobre el interesado, en los términos del Código de Comercio. Si el grupo empresarial o la circunstancia de control existe, en el certificado debe constar la identificación de los miembros del grupo empresarial, la situación de control y los controlantes y controlados.

Sin embargo, no necesariamente la procedencia del factor de desempate regulado en el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 presupone la demostración de una situación de control, porque puede suceder que la participación mayoritaria la tengan varias mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar –o sea, no una de ellas individualmente considerada– y que, a pesar de eso, no exista situación de control. Esto en la medida en que el mencionado numeral emplea una expresión que alude a los verbos –en singular y en plural– «participe o participen mayoritariamente». En otras palabras, podría presentarse el supuesto en que si bien la participación en la sociedad, de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, sea mayoritaria en su sumatoria, no haya situación de control. Al fin y al cabo, como se ha indicado doctrinariamente, el artículo 261 del Código de Comercio establece «[…] presunciones legales de subordinación, por lo que, aunque una sociedad cumpla con uno de los supuestos allí consagrados, siempre tendrá la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando la inexistencia de la situación de control, esto es, el poder para adoptar las decisiones al interior de la sociedad que se presume subordinada»[[19]](#footnote-20).

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

Teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando»; sino que la participación debe entenderse en términos de la composición accionaria o cuotas parte, de conformidad con las disposiciones indicadas del derecho societario, como ya se explicó. En consecuencia, no basta con que un proponente tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demostrar la participación de las mismas, según el certificado de existencia y representación legal. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

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

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

**3. Respuesta**

«Para acreditar el factor de desempate contenido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para una persona jurídica, ¿se debe entender que la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar exige que estas son titulares de más del 50% de la participación accionaria o cuotas en la persona jurídica?

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

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

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 35, numeral 2 de la Ley 2069 de 2020, si en un procedimiento de selección se presenta una persona jurídica en la que la participación mayoritaria –o sea, mayor al 50%–, se prefiere a este sobre los demás oferentes. Teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando»; sino que la participación debe entenderse en términos de la composición accionaria o cuotas parte.

En otras palabras, teniendo en cuenta que su consulta se refiere al entendimiento de la expresión «mayoritariamente», debe decirse que, si bien la norma en comento no definió lo que debe entenderse por «participación mayoritaria», se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende la posición de algunos socios cuando tienen más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en el numeral 2 del artículo 35 de la ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamilar cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Lo anterior sin perjuicio que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.

«[…] En el caso de que una persona jurídica quiera acreditar que una (1) mujer cabeza de familia o una (1) mujer víctimas de la violencia intrafamiliar cumple con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 porque esta persona individualmente considerada tiene más del 50% de la participación accionaria o cuota parte de la persona jurídica, ¿deben las entidades estatales (incluyendo Colombia Compra Eficiente) exigir que dicha situación de control (en los términos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015) este debidamente declarada en el registro mercantil y en el RUP?

»[…] En caso de que una entidad estatal (incluyendo Colombia Compra Eficiente) acredite el factor de desempate establecido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para una persona jurídica en donde una (1) mujer cabeza de familia o una (1) mujer víctimas de la violencia intrafamiliar, individualmente considerada tiene más del 50% de la participación accionaria o cuota parte de la persona jurídica, pero en donde dicha situación de control no se encuentre debidamente declarada en el registro mercantil y en el RUP (en los términos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015), ¿se estaría violando los principios de legalidad establecidos para la contratación pública? ¿que consecuencias se generaría para tanto la entidad pública como para los funcionarios públicos?»

El artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, no establece que la acreditación del factor de desempate regulado en aquel deba realizarse a través del Registro Único de Proponentes –RUP–. Por ello, sin perjuicio del deber establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 para los sujetos obligados a inscribirse en dicho registro, el oferente debe demostrar la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, con el certificado de existencia y representación legal. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

En caso de que una mujer cabeza de cabeza de familia o víctima de violencia intrafamiliar tenga participación superior al 50% en la persona jurídica, podría presentarse uno de los eventos de *situación de control* en materia societaria. Lo anterior con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 261 del Código de Comercio. En aquellos eventos en los cuales la persona jurídica se encuentra obligada a estar inscrita en el Registro Único de Proponentes –RUP– para participar en un proceso de contratación, el certificado del RUP debe dar cuenta de la situación de control existente, pues así lo exige el numeral 2.2. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015.

Sin embargo, no necesariamente la procedencia del factor de desempate regulado en el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 presupone la demostración de una situación de control, porque puede suceder que la participación mayoritaria la tengan varias mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar –o sea, no una de ellas individualmente considerada– y que, a pesar de eso, no exista situación de control. Esto en la medida en que el mencionado numeral emplea una expresión que alude a los verbos –en singular y en plural– «participe o participen mayoritariamente». En otras palabras, podría presentarse el supuesto en que si bien la participación en la sociedad, de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, sea mayoritaria en su sumatoria, no haya situación de control. Al fin y al cabo, como se ha indicado doctrinariamente, el artículo 261 del Código de Comercio establece «[…] presunciones legales de subordinación, por lo que, aunque una sociedad cumpla con uno de los supuestos allí consagrados, siempre tendrá la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando la inexistencia de la situación de control, esto es, el poder para adoptar las decisiones al interior de la sociedad que se presume subordinada»[[20]](#footnote-21).

En cuanto a su inquietud acerca de las consecuencias jurídicas de tipo sancionatorio derivadas de la no exigencia de algunos documentos en el procedimiento de selección, le informamos que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de su función consultiva, no tiene competencia para establecer en abstracto valoraciones de responsabilidad, pues este análisis deben realizarlo los operadores respectivos en cada caso concreto, teniendo las circunstancias fácticas y jurídicas.

«¿Debe una entidad estatal (tal como dicho término es definido en la Ley 80 de 1993) sujeta al régimen de contratación privado o regímenes especiales de contratación, utilizar obligatoriamente los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

»[…] En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa y una entidad estatal sujeta al régimen de contratación privado o regímenes especiales de contratación no haya utilizado los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en un proceso de contratación iniciado con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, ¿Qué consecuencias jurídicas se le genera a ese proceso de selección? El contrato que se celebre de esa manera, ¿es nulo de pleno derecho?»

Los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son obligatorios «[…] 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» (cursiva fuera de texto). En consecuencia, bien sea que la entidad estatal contratante se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o por el derecho privado, *debe* aplicar los criterios de desempate establecidos en el referido artículo 35. Esta norma es imperativa y, por consiguiente, su inobservancia podría hacer incurrir en *objeto ilícito* el contrato que llegare a celebrarse, pues, según el artículo 1519 del Código Civil, «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación». Esta causal debe ser declarada en un proceso judicial, es decir que no opera de pleno derecho, como se deduce del artículo 1742 del Código Civil. Dicha causal de nulidad absoluta también se reconoce en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 para las entidades estatales que se rigen por esta.

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: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
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-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta norma dispone: «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria». [↑](#footnote-ref-10)
10. En efecto, tal disposición establece: «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

»1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

»2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

»3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

»4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

»5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley». [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Expediente: 27.453. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ibíd. [↑](#footnote-ref-13)
13. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-14)
14. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-15)
15. Así lo admitió el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto con radicado No. 20206000017881, del 22 de enero de 2020. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=115437 [↑](#footnote-ref-16)
16. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-17)
17. VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden societario. 4ª ed. Medellín: Señal Editora, 2014. p. 674. [↑](#footnote-ref-18)
18. Los dos primeros incisos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012, disponen que: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-19)
19. VELÁSQUEZ, Op.cit., p. 673. [↑](#footnote-ref-20)
20. VELÁSQUEZ, Op.cit., p. 673. [↑](#footnote-ref-21)