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 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 – Acreditación**

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

**VIGENCIA – Ley 2069 de 2020 – Factores de desempate – Ley 153 de 1887 – Artículo 40 – Ultractividad**

[…], los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son obligatorios para los procedimientos de selección *iniciados* con posterioridad a su entrada en vigencia; no para los anteriores. El artículo 84 de la referida Ley dispone que «[…] rige a partir del momento de su promulgación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En otras palabras, si bien, por regla general, las normas que regulan la sustanciación de los procedimientos comienzan a regir desde el momento en el que se cumple con la formalidad de la publicación de las mismas, también lo es que el mencionado artículo establece que las diligencias o términos que hubieran empezado al amparo de otras normas siguen rigiéndose por estas en lo que a la etapa que no ha culminado se refiere, pues es una forma de evitar variaciones abruptas en el ordenamiento procesal.

Es decir, si al 31 de diciembre de 2020 no se había publicado el acto administrativo de apertura o de invitación, según la modalidad que resultara aplicable, puede afirmarse que el procedimiento de selección no había *iniciado* formalmente. Esto significa que la diligencia o trámite procesal no había comenzado. Por ende, en tal caso, de conformidad con el primer inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las entidades estatales debían adecuar los documentos del proceso, teniendo en cuenta los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, antes de publicar el acto administrativo de apertura o de invitación, si para la fecha de publicación de este –se insiste– ya había entrado a regir tal Ley. Pero, si el acto que inicia el procedimiento de selección se había publicado antes del 31 de diciembre de 2020, las entidades estatales no estaban obligadas a aplicar los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque la diligencia o trámite procesal ya había comenzado. Es decir, en este evento se habría cumplido la condición para la aplicación ultractiva de la norma procesal prevista en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 2069 de 2020, según la cual «[…] las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones».

**SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 4 – Continuidad del negocio**

La sustitución de empleadores se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios». Es decir que este fenómeno opera cuando lo que cambia es el empleador, pero el giro ordinario de la empresa se mantiene. En tal sentido, el artículo 68 del mismo Código señala que «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes».

Por lo tanto, sin perjuicio de que el decreto que expida el gobierno nacional para reglamentar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 disponga algo diferente, esta Subdirección en principio no advierte que la sustitución de empleadores sea óbice para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el parágrafo segundo del mencionado artículo, pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con el factor de desempate previsto en el numeral 4 debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores, si quiere que se le tenga en cuenta la vinculación del trabajador previa a dicha sustitución.

**ANTIGÜEDAD MÍNIMA – Capital humano – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Parágrafo segundo**

El hecho de que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 establezca que esta rige a partir de su promulgación –o sea, desde el 31 de diciembre de 2020–, no se opone a que el Congreso de la República haya previsto dentro de la misma Ley condiciones temporales para la eficacia de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el parágrafo segundo del artículo 35 señala: «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad *igual o mayor a un año*. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados *desde el momento de constitución de la misma*» (énfasis fuera de texto). Es decir, si bien es cierto que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse en los procedimientos de selección iniciados a partir de la promulgación de esta, también lo es que –al tenor del parágrafo segundo del mismo artículo–, cuando en dichos factores se exija la vinculación laboral de personas, el oferente debe acreditar que lo están, como mínimo, con un año de antigüedad, salvo que el proponente se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución. O sea que el período contenido en el parágrafo segundo, en sentido estricto, no se comienza a computar desde la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sino que para el momento en el que la entidad estatal evalúe la viabilidad de aplicar los factores de desempate vigentes del artículo 35 de dicha Ley –que exijan la vinculación de capital humano–, debe analizar si se cumple con dicho término de vinculación.

Bogotá D.C., **01/07/2021 12:04:25**

****

Señora

**Angie Andrea Segura Torres**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 320 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 – Acreditación / VIGENCIA – Ley 2069 de 2020 – Factores de desempate – Ley 153 de 1887 – Artículo 40 – Ultractividad / SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 4 – Continuidad del negocio / ANTIGÜEDAD MÍNIMA – Capital humano – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Parágrafo segundo.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210518004270  |

Estimada señora Segura:

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 mayo del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«[…] el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 establece en relación con los criterios de desempate que “Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año”, de acuerdo con lo reseñado se solicita a Colombia Compra Eficiente aclare:

»1. Teniendo en cuenta que la Ley 2069 de 2020 empezó a regir a partir de su promulgación para efectos de acreditar el año de antigüedad del que habla esta disposición ¿este tiempo empieza a computar a partir de la promulgación de la Ley 2069 de 2020 con base en el principio de irretroactividad de la ley?

»2. Bajo el entendido que esta ley tiene como finalidad promover el empleo de adultos mayores sin pensión ¿Las entidades públicas están facultadas para definir los efectos derivados el parágrafo 2 antes de la promulgación de la ley?

»3. En caso de que se trate de trabajadores adultos mayores que tuviesen una antigüedad mayor a un año, con anterioridad a la expedición de la Ley 2069 de 2020 y mediante la figura de la sustitución patronal se vincularán a otra empresa ¿Se puede acreditar el tiempo de vinculación anterior del trabajador sustituido a esta nueva empresa para efectos de acreditación (sic) de los factores de desempate?

»De otro lado, según el citado artículo 84 la Ley 2069 que entró a regir a partir del momento de su promulgación, es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, Colombia Compra Eficiente también ha reiterado con base en los Conceptos C – 160 de 2021 del 27 de abril de 2021, Concepto C ‒ 192 de 2021 del 29 de abril de 2021, entre otros, que los criterios definidos por el artículo 35 son de obligatorio cumplimiento para los procesos de selección iniciados a partir de esa fecha, no obstante, surge la siguiente cuestión:

»4. Según los conceptos enunciados cuando Colombia Compra manifiesta que los factores desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son de obligatorio (sic) para los procesos iniciados a partir 31 de diciembre de 2020, ¿Hace referencia a los procesos donde a partir del 31 de diciembre de 2020 no se había publicado el proyecto de pliego de condiciones, la convocatoria o el acto administrativo de apertura? o por el contrario ¿Es solo para los procesos que, a pesar de haberse publicado el proyecto de pliego de condiciones y la convocatoria, no se había expedido el acto administrativo de apertura, como lo ordena el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015?

»Esto último en razón a que el Consejo de Estado ha manifestado que “(...) la etapa precontractual propiamente dicha, (...) inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección, que es aquel por medio del cual la administración declara o exterioriza, con fuerza vinculante, la voluntad de iniciar un procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista (artículo 30, numeral 1, Ley 80 de 1993)”.

»5. En aquellos procesos iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 2020, ¿Era posible incorporar a los documentos de proceso los factores desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?, teniendo en cuenta que ni en este artículo ni en el 84 de la citada ley se hizo distinción o precisión alguna sobre los procesos de contratación que, a la entrada en vigor de esta ley, se encontraban en curso».

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) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) vigencia y forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley y iv) alcance del numeral 4 y del parágrafo segundo del referido artículo.

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, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021 y C-221 del 18 de mayo de 2021. 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, 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-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, 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-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. 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 al contenido de la Ley 2069 de 2020, 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. Vigencia y forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos apartes normativos 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.

Lo anterior, por cuanto, como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto C-536 del 24 de agosto de 2020, en el ordenamiento jurídico, por principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho. Esta presunción no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica[[9]](#footnote-10).

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política –aplicable también a las actuaciones administrativas, como dice su primer inciso–, el cual establece que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa». Esto significa que nadie puede ser sancionado –no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo– sino al amparo de una disposición que se haya expedido *antes* de la realización de la conducta activa u omisiva sobre la cual se imputa el reproche. Esto es lo que se conoce en el derecho como la *irretroactividad* de las leyes.

Dicha norma constitucional guarda consonancia con los enunciados normativos anteriores a la Carta del 91, y que continúan en vigor, para regular el asunto concerniente a la vigencia de las leyes en el tiempo; especialmente, nos referimos a los artículos 17 al 49 de la Ley 153 de 1887. Pero, por su aplicación al caso concreto, que se analiza en este concepto, se resaltan los siguientes artículos de dicha Ley:

Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.

De dichos enunciados se pueden extraer las siguientes subreglas: i) en principio, las leyes promulgadas rigen hacia el futuro, es decir, no regulan situaciones del pasado; son, pues, irretroactivas. En consecuencia, nadie puede ser «juzgado» ni sancionado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa. ii) Por lo tanto, las leyes que regulan los contratos son las vigentes al momento de su celebración; es decir, que si cambian, el contrato se continúa rigiendo por las anteriores, a excepción de las leyes posteriores que regulen asuntos procesales o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales por hechos ocurridos en vigencia de la nueva ley, las cuales sí aplican a los contratos previamente celebrados. iii) No obstante, en materia sancionatoria rige el principio de favorabilidad, lo que significa que debe aplicarse la ley más beneficiosa a la persona. Esta subregla, a su vez, tiene dos hipótesis: 1) si la ley posterior es más favorable que la que estaba vigente cuando, supuestamente, se cometió la falta o delito, se debe aplicar la posterior al momento de sancionar; en otras palabras, se exige, en este caso, la aplicación retroactiva de la ley, y 2) si una persona se encuentra cumpliendo una sanción impuesta en vigencia de una ley y se expide posteriormente una que elimina el delito o falta, lo indulta o rebaja la sanción, también debe aplicarse retroactivamente la ley posterior[[10]](#footnote-11). Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al indicar que en las actuaciones administrativas se debe aplicar el principio de favorabilidad. Esta fue la tesis que defendió en la Sentencia C-619 de 2001, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 67 de la Ley 610 de 2000[[11]](#footnote-12).

En relación con las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que *las diligencias o etapas que se hubieren iniciado* continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. En tal sentido, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es una norma procedimental, porque regula un aspecto asociado a los procedimientos de selección: el relacionado con la forma de resolver los empates que lleguen a presentarse. Por lo tanto, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del ordenamiento procesal general, ante la falta de una disposición expresa en la Ley 2069 de 2020 que regule la vigencia del artículo 35 en el tiempo, debe aplicarse lo establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para concluir que si el proceso de selección había iniciado formalmente –es decir, ya se había publicado el acto administrativo de apertura o la invitación, según el caso–, debía continuarse rigiendo por las reglas de desempate vigentes al momento de la iniciación del procedimiento.

Como lo precisó la Agencia en el concepto C-464 del 6 de agosto de 2020, la apertura del proceso de selección se realiza mediante un acto administrativo, necesario para *iniciar* los procesos de selección que adelante una entidad estatal, excepto en las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa. En efecto, el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015 prescribe:

La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.

2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.

3. El Cronograma.

4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condi­ciones y los estudios y documentos previos.

5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.

6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Con base en la norma citada es posible afirmar que el proceso de selección *inicia* con el acto administrativo de apertura. Esto además es coherente, particularmente, con lo establecido respecto al procedimiento de licitación pública, en tanto el artículo 30, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 establece que: «La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado». En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo *da inicio al proceso de selección*, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones»[[12]](#footnote-13) (Cursiva fuera del original).

Ahora bien, esta Subdirección considera relevante advertir que esto será así por regla general, pues el acto de apertura del proceso de selección puede contener una fecha distinta a su expedición para el inicio de su vigencia. En efecto, dentro del contenido eventual de los actos administrativos se encuentra la posibilidad de que quien los expide someta su vigencia a la ocurrencia de determinado plazo –como sucede de forma más común con una especie de los actos administrativos: los reglamentos–, en cuyo caso el acto producirá efectos cuando llegue dicho término. Esto quiere decir que el acto administrativo de apertura puede expedirse y publicarse, por ejemplo, el jueves de una semana, pero en su contenido puede indicarse que empezará a producir efectos a partir del martes, caso en el cual la apertura y, por tanto, el inicio del procedimiento de selección será el martes y no el jueves.

No obstante, se advierte que esta es una consideración teórica, en la medida en que, por regla general, la apertura del procedimiento de selección, esto es, su inicio, coincide con la expedición del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, por no sujetarse sus efectos a una fecha posterior.

Para las modalidades de contratación directa y de mínima cuantía, el ordenamiento no exige el acto administrativo de apertura del procedimiento de selección. Por lo tanto, no hay una norma que señale el momento en que inician estos procedimientos. En tal sentido, resulta procedente indagar qué acto haría las veces de la apertura en estas dos modalidades de selección.

Para esta Subdirección, debe entenderse que la entidad estatal abre el procedimiento de selección de mínima cuantía con la publicación de la invitación a presentar ofertas, de que trata el literal a) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que, para esta modalidad, este sería el acto equivalente a la apertura del procedimiento. Incluso, este documento además de implicar la apertura e inicio del procedimiento de selección, contiene las condiciones para participar en el mismo, por lo que también haría las veces del pliego de condiciones, si se comparara con lo que ocurre en las demás modalidades.

No obstante, en relación con la modalidad de contratación directa, el ordenamiento no establece un acto similar al de apertura que defina el inicio del procedimiento de selección, pues si bien existen varios documentos y requisitos previos que se deben cumplir, antes de suscribir el contrato, ninguno de ellos conduce o da lugar al «inicio» del procedimiento, sino que todos ellos son fundamento de la planeación enfocados a la concreción directa en el contrato.

En conclusión, los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son obligatorios para los procedimientos de selección *iniciados* con posterioridad a su entrada en vigencia; no para los anteriores. El artículo 84 de la referida Ley dispone que «[…] rige a partir del momento de su promulgación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En otras palabras, si bien, por regla general, las normas que regulan la sustanciación de los procedimientos comienzan a regir desde el momento en el que se cumple con la formalidad de la publicación de las mismas, también lo es que el mencionado artículo establece que las diligencias o términos que hubieran empezado al amparo de otras normas siguen rigiéndose por estas en lo que a la etapa que no ha culminado se refiere, pues es una forma de evitar variaciones abruptas en el ordenamiento procesal.

Es decir, si al 31 de diciembre de 2020 no se había publicado el acto administrativo de apertura o de invitación, según la modalidad que resultara aplicable, puede afirmarse que el procedimiento de selección no había *iniciado* formalmente. Esto significa que la diligencia o trámite procesal no había comenzado. Por ende, en tal caso, de conformidad con el primer inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las entidades estatales debían adecuar los documentos del proceso, teniendo en cuenta los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, antes de publicar el acto administrativo de apertura o de invitación, si para la fecha de publicación de este –se insiste– ya había entrado a regir tal Ley. Pero, si el acto que inicia el procedimiento de selección se había publicado antes del 31 de diciembre de 2020, las entidades estatales no estaban obligadas a aplicar los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque la diligencia o trámite procesal ya había comenzado. Es decir, en este evento se habría cumplido la condición para la aplicación ultractiva de la norma procesal prevista en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 2069 de 2020, según la cual «[…] las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones»[[13]](#footnote-14).

**2.4. Alcance del numeral 4 y del parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, es menester hacer referencia a otro aspecto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre el sentido y forma de acreditar el factor de desempate previsto en el numeral 4 del artículo 35, así como sobre la interpretación del parágrafo 2 de esta misma disposición. Los enunciados normativos objeto de consulta están redactados de la siguiente manera:

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

[…]

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

[…]

Parágrafo segundo. Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

[…].

Como se advierte, el numeral 4 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere. Por lo tanto, al igual que sucede con los demás numerales, 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.

En relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo en comento, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente. En todo caso, sin perjuicio de lo que defina el reglamento, también existe la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que está mas ajustada al principio de favorabilidad.

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

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

Como lo indicó la Agencia en el concepto C-206 del 03 de mayo de 2021, el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral –es decir, a través de un contrato de trabajo–, por lo cual Colombia Compra Eficiente considera que, en principio y salvo que el decreto reglamentario proferido por el gobierno nacional disponga lo contrario, resultaría inadmisible la vinculación de dichas personas a través de otros tipos contractuales, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, la norma se refiere a la vinculación de trabajadores, lo cual excluye la posibilidad de acreditar el factor de desempate con prestadores de servicios.

Por otra parte, el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral. Solo exige que el capital humano esté vinculado laboralmente al oferente con una antigüedad igual o mayor a un año, salvo que la constitución del oferente sea inferior a un año, pues en este caso los trabajadores deben estar vinculados desde dicha constitución.

La sustitución de empleadores se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios». Es decir que este fenómeno opera cuando lo que cambia es el empleador, pero el giro ordinario de la empresa se mantiene. En tal sentido, el artículo 68 del mismo Código señala que «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes». Así lo indicó recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure.

Adicionalmente, este cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiere al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Dicho de otra forma, la sucesión de empresa supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente. Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

Precisamente en este aspecto reside la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se trasfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido[[14]](#footnote-15).

Por lo tanto, sin perjuicio de que el decreto que expida el gobierno nacional para reglamentar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 disponga algo diferente, esta Subdirección en principio no advierte que la sustitución de empleadores sea óbice para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el parágrafo segundo del mencionado artículo, pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir, que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con el factor de desempate previsto en el numeral 4 debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores, si quiere que se le tenga en cuenta la vinculación del trabajador previa a dicha sustitución.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 establezca que esta rige a partir de su promulgación –o sea, desde el 31 de diciembre de 2020–, no se opone a que el Congreso de la República haya previsto dentro de la misma Ley condiciones temporales para la eficacia de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el parágrafo segundo del artículo 35 señala: «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad *igual o mayor a un año*. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados *desde el momento de constitución de la misma*» (énfasis fuera de texto). Es decir, si bien es cierto que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse en los procedimientos de selección iniciados a partir de la promulgación de esta, también lo es que –al tenor del parágrafo segundo del mismo artículo–, cuando en dichos factores se exija la vinculación laboral de personas, el oferente debe acreditar que lo están, como mínimo, con un año de antigüedad, salvo que el proponente se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución. O sea que el período contenido en el parágrafo segundo, en sentido estricto, no se comienza a computar desde la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sino que para el momento en el que la entidad estatal evalúe la viabilidad de aplicar los factores de desempate vigentes del artículo 35 de dicha Ley –que exijan la vinculación de capital humano–, debe analizar si se cumple con dicho término de vinculación.

**3. Respuesta**

«[…] el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 establece en relación con los criterios de desempate que “Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año”, de acuerdo con lo reseñado se solicita a Colombia Compra Eficiente aclare:

»1. Teniendo en cuenta que la Ley 2069 de 2020 empezó a regir a partir de su promulgación para efectos de acreditar el año de antigüedad del que habla esta disposición ¿este tiempo empieza a computar a partir de la promulgación de la Ley 2069 de 2020 con base en el principio de irretroactividad de la ley?»

El hecho de que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 establezca que esta rige a partir de su promulgación –o sea, desde el 31 de diciembre de 2020–, no se opone a que el Congreso de la República haya previsto dentro de la misma Ley condiciones temporales para la eficacia de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el parágrafo segundo del artículo 35 señala: «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad *igual o mayor a un año*. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados *desde el momento de constitución de la misma*» (énfasis fuera de texto).

Es decir, si bien es cierto que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse en los procedimientos de selección iniciados a partir de la promulgación de esta, también lo es que –al tenor del parágrafo segundo del mismo artículo–, cuando en dichos factores se exija la vinculación laboral de personas, el oferente debe acreditar que lo están, como mínimo, con un año de antigüedad, salvo que el proponente se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución. O sea que el período contenido en el parágrafo segundo, en sentido estricto, no se comienza a computar desde la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sino que para el momento en el que la entidad estatal evalúe la viabilidad de aplicar los factores de desempate vigentes del artículo 35 de dicha Ley –que exijan la vinculación de capital humano–, debe analizar si se cumple con dicho término de vinculación.

«2. Bajo el entendido que esta ley tiene como finalidad promover el empleo de adultos mayores sin pensión ¿Las entidades públicas están facultadas para definir los efectos derivados el parágrafo 2 antes de la promulgación de la ley?»

Los efectos no los definen las entidades públicas, sino la Ley 2069 de 2020. En otras palabras, como lo indicó la Agencia en el concepto C-206 del 03 de mayo de 2021 y lo reitera en esta oportunidad, el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige la *vinculación* laboral de personas mayores. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Esta norma es exigible después de la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sin que quiera decir que el término definido en el parágrafo comience a contarse desde el 31 de diciembre de 2020, sino que en los procedimientos de selección que se inicien a partir de esta fecha, al aplicar los factores de desempate que exijan la vinculación laboral de personas, la entidad estatal debe verificar que estas cumplan con la antigüedad de contratación establecida en el referido parágrafo.

«3. En caso de que se trate de trabajadores adultos mayores que tuviesen una antigüedad mayor a un año, con anterioridad a la expedición de la Ley 2069 de 2020 y mediante la figura de la sustitución patronal se vincularán a otra empresa ¿Se puede acreditar el tiempo de vinculación anterior del trabajador sustituido a esta nueva empresa para efectos de acreditación (sic) de los factores de desempate?»

El parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral. Solo exige que el capital humano esté vinculado laboralmente al oferente con una antigüedad igual o mayor a un año, salvo que la constitución del oferente sea inferior a un año, pues en este caso los trabajadores deben estar vinculados desde dicha constitución.

La sustitución de empleadores se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios». Es decir que este fenómeno opera cuando lo que cambia es el empleador, pero el giro ordinario de la empresa se mantiene. En tal sentido, el artículo 68 del mismo Código señala que «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes».

Por lo tanto, sin perjuicio de que el decreto que expida el gobierno nacional para reglamentar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 disponga algo diferente, esta Subdirección en principio no advierte que la sustitución de empleadores sea óbice para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el parágrafo segundo del mencionado artículo, pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con el factor de desempate previsto en el numeral 4 debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores, si quiere que se le tenga en cuenta la vinculación del trabajador previa a dicha sustitución.

«[…]

»4. […] cuando Colombia Compra manifiesta que los factores desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son de obligatorio (sic) para los procesos iniciados a partir 31 de diciembre de 2020, ¿Hace referencia a los procesos donde a partir del 31 de diciembre de 2020 no se había publicado el proyecto de pliego de condiciones, la convocatoria o el acto administrativo de apertura? o por el contrario ¿Es solo para los procesos que, a pesar de haberse publicado el proyecto de pliego de condiciones y la convocatoria, no se había expedido el acto administrativo de apertura, como lo ordena el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015?»

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que *las diligencias o etapas que se hubieren iniciado* continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. En tal sentido, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es una norma procedimental, porque regula un aspecto asociado a los procedimientos de selección: el relacionado con la forma de resolver los empates que lleguen a presentarse. Por lo tanto, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del ordenamiento procesal general, ante la falta de una disposición expresa en la Ley 2069 de 2020 que regule la vigencia del artículo 35 en el tiempo, debe aplicarse lo establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para concluir que si el proceso de selección había iniciado formalmente –es decir, ya se había publicado el acto administrativo de apertura o la invitación, según el caso– antes de la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020, debía continuarse rigiendo por las reglas de desempate vigentes al momento de la iniciación del procedimiento.

En consecuencia, si al 31 de diciembre de 2020 no se había publicado el acto administrativo de apertura o de invitación, según la modalidad que resultara aplicable, puede afirmarse que el procedimiento de selección no había iniciado formalmente. Esto significa que la diligencia o trámite procesal no había comenzado. Por ende, en tal caso, de conformidad con el primer inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las entidades estatales debían adecuar los documentos del proceso, teniendo en cuenta los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, antes de publicar el acto administrativo de apertura o de invitación, si para la fecha de publicación de este –se insiste– ya había entrado a regir tal Ley. Pero, si el acto que inicia el procedimiento de selección se había publicado antes del 31 de diciembre de 2020, las entidades estatales no estaban obligadas a aplicar los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque la diligencia o trámite procesal ya había comenzado.

Es decir, en este evento se habría cumplido la condición para la aplicación ultractiva de la norma procesal prevista en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 2069 de 2020, según la cual «[…] las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones».

«5. En aquellos procesos iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 2020, ¿Era posible incorporar a los documentos de proceso los factores desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?, teniendo en cuenta que ni en este artículo ni en el 84 de la citada ley se hizo distinción o precisión alguna sobre los procesos de contratación que, a la entrada en vigor de esta ley, se encontraban en curso».

De acuerdo con las consideraciones expuestas en este concepto, los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 resultan obligatorios para los procedimientos de selección *iniciados* desde el 31 de diciembre de 2020. Si a tal fecha el proceso de selección ya había iniciado y se encontraba en curso, las entidades estatales podían seguirse rigiendo por las normas que regulaban los factores de desempate con anterioridad, con fundamento en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero esto no obstaba para que, cumpliendo con el límite temporal y material para la realización de adendas, las entidades estatales cuyos procedimientos de selección ya hubieren iniciado y estuvieran tramitándose, incorporaran a los documentos del proceso los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Se reitera que el concepto de *inicio* del procedimiento de selección alude a la publicación del acto administrativo de apertura, que contenga la invitación o que haga sus veces, según la modalidad de escogencia que resulte aplicable.

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. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-10)
10. Tales subreglas son coherentes con la forma como la doctrina del Derecho administrativo comparado ha entendido de tiempo atrás la vigencia de las leyes. Al respecto, basta leer las palabras de Marienhoff, cuando se pregunta «¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo?», respondiendo a renglón seguido: «El principio general consiste en que las leyes rigen *“ex nunc”*, para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido. Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración. Con el mismo carácter *“excepcional”*, la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, *“ex tunc”*; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración *expresa* o bien de otra forma *inequívoca*: la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo» (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, Teoría General. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. pp. 228-229). [↑](#footnote-ref-11)
11. El apartado normativo establece: «En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente Ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley». [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Exp. 31.297. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-13)
13. La Corte Constitucional explica el fenómeno de la ultractividad de la ley en los siguientes términos: «La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

»Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultractividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad» (Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería). [↑](#footnote-ref-14)
14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de agosto de 2020. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Radicación No. 47613. Acta 28. [↑](#footnote-ref-15)