CCE-DES-FM-17

 **INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2040 de 2020 - Vigencia**

La Ley 2040 de 2020, «por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones», desarrolla una política horizontal y traía consigo un incentivo contractual, relacionado con un criterio de desempate. En esta ley la política del legislador era clara: establecer medidas que incrementen la empleabilidad de adultos mayores que, cumplida la edad de jubilación, no cuentan con pensión de vejez, familiar o sobrevivencia.

La Ley adopta instrumentos diversos, entre los cuales se cuentan una reducción del impuesto sobre la renta por contratación de adultos mayores –artículo 2–, la creación del sello amigable «adulto mayor» para identificar a las empresas que vinculen a adultos mayores que no cuentan con pensión –artículo 7– y la creación de la «Ruta para el emprendimiento del adulto mayor» para que los adultos mayores puedan poner en marcha su propia empresa –artículo 10–. Todos estos son mecanismos dirigidos a cumplir su finalidad: incrementar la empleabilidad de los adultos mayores, lo que a la postre, se espera, se traducirá en mayor empleo para este sector vulnerable de la población.

[…] Dicho criterio de desempate no logró tener aplicación, pues la reglamentación a que se hizo referencia no se expidió. Además, porque posteriormente se sancionó la Ley 2069 de 2020 que, como se advertirá, en su artículo 35 regula los factores de desempate que actualmente aplican en los procedimientos de selección y, además, su artículo 34 modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, de manera que el contenido normativo del parágrafo 4 de dicho artículo, que en su momento lo adicionó el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, desapareció de nuestro ordenamiento jurídico al ser derogado, por lo que dicho parágrafo 4 actualmente no está vigente.

**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**

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.

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 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». Lo anterior, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35.4 – Vinculación de adultos mayores - Acreditación**

[…], el factor de desempate del artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 no se refiere a la «vinculación en mayor cantidad» de personas mayores. En este caso, bastaría comparar el número de personas vinculadas entre cada uno de los proponentes empatados, adjudicando el contrato a aquel que más tenga. Sin embargo, esta interpretación no es posible en la medida que la norma se refiere a la «vinculación en mayor proporción», es decir el número de personas vinculadas en relación con la planta de personal de los oferentes.

Hasta ahora no existe un reglamento que defina el concepto de «vinculación en mayor proporción», por lo que debe entenderse conforme a las pautas hermenéuticas del Código Civil. Por tanto, es necesario precisar el alcance del Concepto C-015 del 4 de febrero de 2021 en el sentido que el artículo 35.4 de la Ley de Emprendimiento se refiere al número de personas vinculadas por el oferente 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», precisando que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

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.

Bogotá D.C., 03 Agosto 2021 

Señor

**Cristian Chacón**

Ciudad

 **Concepto C ‒ 390 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INCENTIVOS CONTRACTUALES – Empleabilidad de adultos mayores – Política horizontal – Criterio de desempate – Ley 2040 de 2020 - Vigencia / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35.4 – Vinculación de adultos mayores – Acreditación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta #P20210621005393 |

Estimado señor Chacón:

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, remitida por competencia por el Ministerio del Trabajo, y recibida el 18 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con el criterio de desempate de la contratación estatal dispuesto en el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020:

«[…]El artículo 3 menciona que como criterio de desempate, se pueda aplicar el beneficio certificando bajo la gravedad de juramento la cantidad de personas con las condiciones correspondientes a lo mencionado en la ley. Se puede entender que con solo la certificación juramentada por el revisor fiscal o el representante legal se accede al beneficio como factor de desempate o es necesario que luego pasados los 6 meses de reglamentada la norma, el sello de adulto mayor es requisito sine qua non para aplicar a este factor de desempate, adicional, el ministerio de trabajo requerir  documentación para sacar un certificado como sucede con el de Discapacitados?

Las preguntas anteriormente solicitadas para aclaración es porque la ley en su artículo 4 parágrafo 1 menciona que es responsabilidad de certificar ante Ministerio de Trabajo el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en la ley) Se podría entender entonces que el articulo 3 es de necesario cumplimiento que se registren a los adultos mayores para la aplicación del beneficio como factor de desempate? y de ser así Que documentos se requieren y el Min Trabajo entregara un certificado como el de Discapacitados?»

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) los factores de desempate en la contratación estatal, ii) el criterio de desempate creado por el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020, iii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, y iv) forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley.

En los conceptos con radicados C–514 del 26 de agosto de 2020, C–516 del 26 de agosto de 2020, C–535 del 26 de agosto de 2020, C–537 del 26 de agosto de 2020, C–538 del 26 de agosto de 2020, C–568 del 26 de agosto de 2020, C–572 del 27 de agosto de 2020, C–582 del 28 de agosto de 2020, C-624 del 21 de septiembre de 2020, C-664 del 12 de noviembre de 2020 y C-690 de 20 de noviembre de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020, que adicionaba un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, establecía un criterio de desempate en los procesos de contratación a favor de los oferentes que tuvieran vinculado el mayor porcentaje de personas mayores que no fueran beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hubieran cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley.

Así mismo esta agencia 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, C‒055 del 10 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-176 del 19 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021 y C-265 del 1 de junio 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. 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. Criterio de desempate creado por el artículo 3º de la Ley 2040 de 2020. Pérdida de vigencia y regulación en la «Ley de Emprendimiento»**

La Ley 2040 de 2020, «por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones», desarrolla una política horizontal y traía consigo un incentivo contractual, relacionado con un criterio de desempate. En esta ley la política del legislador era clara: establecer medidas que incrementen la empleabilidad de adultos mayores que, cumplida la edad de jubilación, no cuentan con pensión de vejez, familiar o sobrevivencia.

 La Ley adopta instrumentos diversos, entre los cuales se cuentan una reducción del impuesto sobre la renta por contratación de adultos mayores –artículo 2–, la creación del sello amigable «adulto mayor» para identificar a las empresas que vinculen a adultos mayores que no cuentan con pensión –artículo 7– y la creación de la «Ruta para el emprendimiento del adulto mayor» para que los adultos mayores puedan poner en marcha su propia empresa –artículo 10–. Todos estos son mecanismos dirigidos a cumplir su finalidad: incrementar la empleabilidad de los adultos mayores, lo que a la postre, se espera, se traducirá en mayor empleo para este sector vulnerable de la población.

 Esta ley, además de las estrategias referidas, contenía un mecanismo que formaba parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en el artículo 3 de dicha ley, que adicionó un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, norma que, como se explicará más adelante, fue subrogada por la Ley 2069 de 2020, en tal sentido, pese a que actualmente no está vigente es importante analizar su contenido y destacar que fue una norma que no produjo efectos, como se explicará:

Parágrafo 4°. Criterio de desempate. En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje 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.

Para los efectos de este parágrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad 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.

Dado el caso en que el contrato público haya sido obtenido con ocasión a esta forma de desempate, el empleador deberá mantener el mismo porcentaje de adultos mayores trabajadores al interior de la empresa durante la vigencia de ejecución del contrato. En caso contrario no podrá hacer uso de este beneficio en cualquier otro contrato que celebre con el Estado dentro de los 5 años siguientes a la terminación del contrato.

Para estos efectos, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará, bajo la gravedad de juramento, el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes que cumplan con lo aquí señalado a la fecha de cierre del proceso de selección.

La política horizontal perseguida consistía en maximizar el número de personas vinculadas laboralmente a empresas contratistas del Estado que hubieran cumplido con el requisito de edad y no contaran con una pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia. De otra parte, el incentivo, en el esquema de la contratación estatal, consistía en crear un criterio de desempate para favorecer a la empresa que tuvieran un porcentaje mayor –no un número mayor– de adultos mayores contratados que no contaran con una pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia. La norma procuraba que los potenciales contratistas del Estado incrementaran el porcentaje de adultos mayores vinculados a su planta de personal, con el fin de ser beneficiarios de este criterio de desempate en un eventual procedimiento de selección.

De otro lado, desde el punto de vista del mecanismo, el legislador optó por concretar la política horizontal a través de un criterio de desempate. Ello planteaba algunas dificultades prácticas, pues se trataba de un criterio adicional a los establecidos en su momento en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, que regulaba los factores de desempate en los procedimientos de selección.

La dificultad práctica que se presentó y que analizó esta Agencia en varios conceptos anteriores, consistía en que frente al criterio de desempate establecido en el artículo 3 de la Ley 2040, que adicionó un parágrafo cuarto al artículo de la Ley 1150 de 2007, con base en el ordenamiento jurídico vigente para el momento de la expedición de dicha ley no era posible determinar con certeza cómo debía articularse dicho criterio de desempate con los ya existentes en el ordenamiento.

En relación con este aspecto, el parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 simplemente ordenaba que «se preferirá», lo cual, bajo una interpretación literal y aislada del parágrafo podía llevar a pensar que se ubicaba en el primer lugar, por tratarse de una ley posterior. Pero otra interpretación podría ser, por ejemplo, que el criterio debía ubicarse en el cuarto lugar de preferencia en el orden que indicaba en su momento el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, quizás bajo la idea de que se trataba del «nuevo criterio».

Teniendo en cuenta i) las dificultades prácticas asociadas a la armonización de dicho criterio de desempate con los demás que estaban vigentes para el momento de expedición de la Ley 2040 y, especialmente, ii) que de diferentes apartes de dicha ley se advertía la necesidad de que el reglamento desarrollara diversos aspectos de la Ley 2040, incluyendo lo relacionado con la aplicación de dicho criterio de desempate, esta Subdirección en diversos conceptos, como los citados al inicio de estas consideraciones, expresó su postura en el sentido de que dicho criterio de desempate requería del reglamento para su efectiva aplicación. En relación con este aspecto, se remite al peticionario, por ejemplo, al concepto C-690 de 20 de noviembre de 2020[[4]](#footnote-5).

En conclusión, como se advertirá, dicho criterio de desempate no logró tener aplicación, pues la reglamentación a que se hizo referencia no se expidió. Además, porque posteriormente se sancionó la Ley 2069 de 2020 que, como se advertirá, en su artículo 35 regula los factores de desempate que actualmente aplican en los procedimientos de selección y, además, su artículo 34 modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, de manera que el contenido normativo del parágrafo 4 de dicho artículo, que en su momento lo adicionó el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, desapareció de nuestro ordenamiento jurídico al ser derogado, por lo que dicho parágrafo 4 actualmente no está vigente.

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

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

En 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». Lo anterior, 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[[5]](#footnote-6), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[6]](#footnote-7). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[7]](#footnote-8), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[8]](#footnote-9) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[9]](#footnote-10).

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 los criterios de desempate y su acreditación, en el numeral siguiente se estudiará el contenido y alcance del artículo 35 de dicha norma.

Previo a ello, es importante destacar, como se advirtió con anterioridad, que el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, norma que se analizó en el numeral anterior, introdujo un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007; sin embargo, esta última disposición fue modificada por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, que derogó el contenido normativo establecido en el parágrafo 4, de manera que actualmente el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 tiene el siguiente contenido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 2069:

**ARTÍCULO 34.** PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

«ARTÍCULO 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 Y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las MiPymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) MiPymes.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y. servicios producidos por las MiPymes respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO PRIMERO. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las MiPymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha · acreditación.

PARÁGRAFO TERCERO. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen».

 En conclusión, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 suprimió el contenido del parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que en su momento introdujo el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020. De otro lado, como se explicará, el artículo 35 de la Ley 2069 reguló los factores de desempate aplicables en la contratación estatal, estableciendo en su interior un criterio similar al de la ley anterior, por lo que la regulación actual de los criterios de desempate debe realizarse con fundamento en la Ley 2069 de 2020.

**2.4. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en los numeral 4**

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[[10]](#footnote-11). 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[[11]](#footnote-12). 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»[[12]](#footnote-13), 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[[13]](#footnote-14).

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 formula pregunta sobre el sentido y forma de acreditación del factor de desempate previsto hoy en el numeral 4 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

[…]

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

[…]

Como se advierte, este numeral no establece un medio específico para acreditar 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 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, conforme a lo explicado en el Concepto 206 del 3 de mayo de 2021, también existe de 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 – sin perjuicio de lo que defina el reglamento– está más ajustada al principio de favorabilidad.

El numeral dispone 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», añadiendo que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «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». Igualmente, en el artículo 29 ibidem, también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso».

Conforme a la definición del Diccionario de la RAE, la palabra «proporción» es la «Igualdad de dos razones». Esta expresión tiene una definición propia en el campo de las matemáticas, pues alude a una relación o razón constante entre diferentes magnitudes que se vayan a medir. Por esta razón, la «[…] 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» no corresponde a un valor absoluto, sino relativo.

En efecto, el factor de desempate del artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 no se refiere a la «vinculación en mayor cantidad» de personas mayores. En este caso, bastaría comparar el número de personas vinculadas entre cada uno de los proponentes empatados, adjudicando el contrato a aquel que más tenga. Sin embargo, esta interpretación no es posible en la medida que la norma se refiere a la «vinculación en mayor proporción», es decir el número de personas vinculadas en relación con la planta de personal de los oferentes.

Hasta ahora no existe un reglamento que defina el concepto de «vinculación en mayor proporción», por lo que debe entenderse conforme a las pautas hermenéuticas del Código Civil. Por tanto, es necesario precisar el alcance del Concepto C-015 del 4 de febrero de 2021 en el sentido que el artículo 35.4 de la Ley de Emprendimiento se refiere al número de personas vinculadas por el oferente 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», precisando que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

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.

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.

De otro lado, 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.

Finalmente, 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**

«[…]El artículo 3 menciona que como criterio de desempate, se pueda aplicar el beneficio certificando bajo la gravedad de juramento la cantidad de personas con las condiciones correspondientes a lo mencionado en la ley. Se puede entender que con solo la certificación juramentada por el revisor fiscal o el representante legal se accede al beneficio como factor de desempate o es necesario que luego pasados los 6 meses de reglamentada la norma, el sello de adulto mayor es requisito sine qua non para aplicar a este factor de desempate, adicional, el ministerio de trabajo requerir  documentación para sacar un certificado como sucede con el de Discapacitados?

Las preguntas anteriormente solicitadas para aclaración es porque la ley en su artículo 4 parágrafo 1 menciona que es responsabilidad de certificar ante Ministerio de Trabajo el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en la ley) Se podría entender entonces que el articulo 3 es de necesario cumplimiento que se registren a los adultos mayores para la aplicación del beneficio como factor de desempate? y de ser así Que documentos se requieren y el Min Trabajo entregara un certificado como el de Discapacitados?»

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». En este orden de ideas, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares, ni para validar hipótesis o actuaciones de las entidades públicas en la gestión de sus procesos de contratación. En estos términos, se considera que el criterio de desempate creado inicialmente en el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, para impulsar el trabajo de adultos mayores, no tuvo aplicación por falta de la reglamentación aludida en el artículo 4 de la misma ley que condicionó su utilización y, actualmente, ya no es aplicable en los términos consignados en dicha ley, debido a que el artículo 34 de la Ley 2069 modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, de manera que el contenido normativo del parágrafo 4 de dicho artículo, que en su momento lo adicionó el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, desapareció de nuestro ordenamiento jurídico al ser derogado, por lo que dicho parágrafo 4 actualmente no está vigente.

La anterior además se fundamenta en que después del 31 de diciembre de 2020, están vigentes los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que sí son exigibles desde la fecha de su promulgación. Además, en el numeral 4 de dicho artículo se estableció un criterio de desempate similar al inicialmente previsto en el artículo 3 de la anterior ley –2040– para impulsar el trabajo de adultos mayores. En consecuencia, es esta la norma actualmente aplicable y dado que la Ley 2069 de 2020 no reguló trámites o procedimientos a seguir para acreditar los supuestos de hecho de los factores de desempate establecidos en su artículo 35, ni se ha expedido reglamento que así lo disponga, dicho asunto puede definirse por las entidades estatales, bajo el principio de libertad probatoria, estableciendo la forma como se acredita dicha circunstancia en los pliegos de condiciones o documento equivalente.

Así, conforme con las consideraciones expuestas, la Ley 2069 de 2020 no previó medios probatorios específicos para acreditar las circunstancias a las que se refieren los numerales de su artículo 35. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige algún 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, como sucede con el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, 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.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista 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. Disponible en: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-690%20de%202020. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. Ibíd. [↑](#footnote-ref-14)