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 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.

**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.

**LEY 2069 DE 2020 – Artículo 35 – Derogatoria − Factores de desempate − Decreto 1082 de 2015 − Aplicación − Procedimientos – Regidos por Documentos tipo**

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

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

**DOCUMENTOS TIPO – Aplicación − Factores de desempate − Artículo 35 − Ley 2069 de 2020**

Este criterio también es aplicable a los documentos tipo adoptados por la Agencia, pues si bien se refieren a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015, en las reglas de interpretación se dispone que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorio en los procesos regidos por documentos tipo.

Sin embargo, también debe mencionarse que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, trabajó en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Para ello, recientemente se expidió la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, que en su artículo 10 modifica el numeral 5.14 de la Invitación de los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía, numeral que regula los criterios de desempate, con la finalidad de adaptar la regulación a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Cabe aclarar que dicha resolución aplicará de forma obligatoria a los procesos cuyo aviso de convocatoria o invitación se publique a partir del 28 de junio de 2021.

**RENOVACIÓN – RUP – Plazo especial 2020 – Decreto 434 de 2020**

[…] para contribuir con las medidas de contención y prevención del riesgo de contagio, buscando que las personas no se acecaran de forma concentrada a las Cámaras de Comercio para tramitar lo que corresponde al RUES, y particularmente al RUP, el artículo 2 del Decreto 434 de 2020 amplió el plazo para renovarlo, teniendo en cuenta que el artículo 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 impone la obligación de adelantar el trámite de renovación del RUP a más tardar el quinto día hábil del mes de abril, lo cual se extendió, mediante el decreto legislativo, al quinto día hábil del mes de julio de 2020.

Así las cosas, lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 434 de 2020, en cuanto al trámite de renovación del RUP, y su aplicación para la vigencia del año 2021 debe entenderse que dicha prerrogativa aplicó para la anualidad del año 2020, lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo en mención, esto es, que las personas inscritas en el Registro Único de Proponentes debían «presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020». En ese sentido, es claro que dicha prerrogativa se encontraba vigente solo para el trámite de renovación en la anualidad del año 2020 y no se hizo extensiva a otras anualidades.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 18 Junio 2021

Señor

**Arnulfo Meneses Villamarín**

Armenia, Quindío

 **Concepto C ‒ 291de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / LEY 2069 DE 2020 – Artículo 35 – Derogatoria − Factores de desempate − Decreto 1082 de 2015 − Aplicación − Procedimientos – Regidos por Documentos tipo / DOCUMENTOS TIPO – Aplicación − Factores de desempate − Artículo 35 − Ley 2069 de 2020 |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta # P20210505003848 |

Estimado señorMeneses Villamarín:

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 4 de mayo del 2021.

**1. Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas[[1]](#footnote-1): i) «Recientemente la Agencia Nacional expidió el concepto C -181 de 2021, señalando que a su juicio los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de2020, también debían ser aplicados en los procesos de selección de mínima cuantía, en tan sentido se consulta si la agencia en virtud de ello, va a proceder a modificar el Pliego Tipo de mínima cuantía de infraestructura vial» y ii) «El Decreto 434 de 2020, amplió el término para que los proponentes hicieran la renovación del Registro Único de Proponentes RUP para el año 2020, en atención a la emergencia sanitaria por cuenta del COVID-19, por lo que se consulta si el artículo segundo del decreto en mención, continua vigente y puede ser objeto de aplicación para el año 2021».

**2. Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015 y su aplicación a los procedimientos regidos por documentos tipo y iv) ampliación del plazo para renovar el Registro Único de Proponentes en el 2020, de conformidad con el Decreto 434 de 2020.

 Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. Igualmente, en los Conceptos C-009, 012, 013, 015, 016, 026 del 4 de febrero de 2021, así como en los Conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 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, C-180, C-207, C-209 y C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-235 del 27 de mayo de 2021, C-272 del 9 de junio de 2021 y C-286 del 17 de junio de 2021 se analizaron algunos aspectos sobre la aplicación de la Ley de Emprendimiento.

 Por otra parte en los conceptos C-007 del 16 de febrero de 2021, C-127 del 6 de abril de 2021, C-138 del 7 de abril de 2021, C-158 del 15 de abril de 2021, C-163, C-164 del 19 de abril de 2021, se analizó la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2021 a los procedimientos de mínima cuantía. Por último, en los conceptos C-037 del 26 de febrero de 2021, C-040 del 2 de marzo de 2021, C-139 del 7 de abril de 2021, C-162 del 13 de abril de 2021 y C-167 del 21 de abril de 2021, se analizó la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 en procesos de selección en los que deban aplicarse documentos tipo. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera 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[[2]](#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[[3]](#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[[4]](#footnote-4).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

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

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[5]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[6]](#footnote-6). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[7]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[8]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[9]](#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. Derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015 y su aplicación a los procedimientos regidos por documentos tipo**

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 Agencia se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en la misma.

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». En igual sentido, 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.

De esta forma, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

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

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[10]](#footnote-10). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Así, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, razón por la cual este último debe entenderse derogado.

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

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para la mínima cuantía. En efecto, si bien el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación […], las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a los «[…] 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 […]», sin distinguir entre modalidades de selección. En consecuencia, por tratarse de una norma transversal al sistema de compras y contratación pública, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía, presentándose tanto la derogación como el decaimiento del criterio de desempate previsto para esta modalidad de selección en el artículo 2.2.1.2.1.5.2, numeral 7, del Decreto 1082 de 2015.

En lo que respecta a la demostración de los supuestos fácticos y jurídicos de los factores de desempate, conviene señalar que los numerales previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 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.

 Este criterio también es aplicable a los documentos tipo adoptados por la Agencia, pues si bien se refieren a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015, en las reglas de interpretación se dispone que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorio en los procesos regidos por documentos tipo.

Sin embargo, también debe mencionarse que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, trabajó en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Para ello, recientemente se expidió la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, que en su artículo 10 modifica el numeral 5.14 de la Invitación de los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía, numeral que regula los criterios de desempate, con la finalidad de adaptar la regulación a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Cabe aclarar que dicha resolución aplicará de forma obligatoria a los procesos cuyo aviso de convocatoria o invitación se publique a partir del 28 de junio de 2021.

**2.1.** **Ampliación del plazo para renovar el Registro Único de Proponentes en el 2020, de conformidad con el Decreto 434 de 2020**

Ahora bien, respecto a su segunda solicitud, es necesario mencionar lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 434 del 19 de marzo de 2020, respecto al término especial para renovar el Registro Único de Proponentes en el año 2020.

 En este sentido, en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República, por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionado por el coronavirus COVID-19, se expidieron diferentes decretos para mitigar sus efectos en los diferentes ámbitos. En este sentido, el Decreto 434 de 2020 se refiere a los efectos económicos de la emergencia, y establece plazos especiales para renovar algunos registros, como la matrícula mercantil y el Registro Único Empresarial y Social –RUES–, y para adelantar las reuniones ordinarias de asambleas y demás cuerpos colegiados.

 Respecto del RUES, las consideraciones del decreto citado señalan que el RUP es parte de este y que es administrado por las cámaras de comercio, de conformidad con el artículo 166 del Decreto Ley 019 de 2012[[11]](#footnote-11). entre otros registros que lo componen; y que se considera necesario evitar el hacinamiento de personas en las cámaras de comercio para adelantar los trámites asociados al RUES, teniendo en cuenta que la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio certificó que solo se habían tramitado el 40% de los registros aproximadamente, lo que indicaba que la mayoría de las personas naturales y jurídicas se encontraban pendientes de acudir a las cámaras de comercio para cumplir sus obligaciones con el registro.

 En ese sentido, para contribuir con las medidas de contención y prevención del riesgo de contagio, buscando que las personas no se acercaran de forma concentrada a las Cámaras de Comercio para tramitar lo que corresponde al RUES, y particularmente al RUP, el artículo 2 del Decreto 434 de 2020 amplió el plazo para renovarlo, teniendo en cuenta que el artículo 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 impone la obligación de adelantar el trámite de renovación del RUP a más tardar el quinto día hábil del mes de abril, lo cual se extendió, mediante el decreto legislativo, al quinto día hábil del mes de julio de 2020[[12]](#footnote-12).

 Así las cosas, lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 434 de 2020, en cuanto al trámite de renovación del RUP, y su aplicación para la vigencia del año 2021 debe entenderse que dicha prerrogativa aplicó para la anualidad del año 2020, lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo en mención, esto es, que las personas inscritas en el Registro Único de Proponentes debían «presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020». En ese sentido, es claro que dicha prerrogativa se encontraba vigente solo para el trámite de renovación en la anualidad del año 2020 y no se hizo extensiva a otras anualidades.

**3. Respuesta**

 i) «Recientemente la Agencia Nacional expidió el concepto C -181 de 2021, señalando que a su juicio los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de2020, también debían ser aplicados en los procesos de selección de mínima cuantía, en tan sentido se consulta si la agencia en virtud de ello, va a proceder a modificar el Pliego Tipo de mínima cuantía de infraestructura vial»

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que modifica el régimen de los factores de desempate en la contratación estatal, se encuentra vigente y goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Estos criterios de desempate actualmente son aplicables a todas las entidades estatales, independientemente de su régimen de contratación. Incluso, al consagrarse en la ley, generan la derogación y decaimiento de los previstos en el Decreto 1082 de 2015, pues se trata de una norma superior y posterior que genera la pérdida de los fundamentos de derecho en los previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Además, 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.

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. De esta manera, incluso están vigentes para los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de mínima cuantía, adoptados por esta Agencia mediante la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

En lo que respecta a la demostración de los supuestos fácticos y jurídicos de los factores de desempate, conviene señalar que los numerales previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 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.

 Este criterio también es aplicable a los documentos tipo adoptados por la Agencia, pues si bien se refieren a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015, en las reglas de interpretación se dispone que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorio en los procesos regidos por documentos tipo.

 Finalmente, debe mencionarse que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, trabajó en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Para ello, recientemente se expidió la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, que en su artículo 10 modifica el numeral 5.14 de la Invitación de los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía, numeral que regula los criterios de desempate, con la finalidad de adaptar la regulación a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Cabe aclarar que dicha resolución aplicará de forma obligatoria a los procesos cuyo aviso de convocatoria o invitación se publique a partir del 28 de junio de 2021.

ii) «El Decreto 434 de 2020, amplió el término para que los proponentes hicieran la renovación del Registro Único de Proponentes RUP para el año 2020, en atención a la emergencia sanitaria por cuenta del COVID-19, por lo que se consulta si el artículo segundo del decreto en mención, continua vigente y puede ser objeto de aplicación para el año 2021».

Para responder a esta pregunta, es necesario mencionar que, para contribuir con las medidas de contención y prevención del riesgo de contagio, buscando que las personas no se aceran de forma concentrada a las Cámaras de Comercio para tramitar lo que corresponde al RUES, y particularmente al RUP, el artículo 2 del Decreto 434 de 2020 amplió el plazo para renovarlo, teniendo en cuenta que el artículo 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 impone la obligación de adelantar el trámite de renovación del RUP a más tardar el quinto día hábil del mes de abril, lo cual se extendió, mediante el decreto legislativo, al quinto día hábil del mes de julio de 2020.

 Ahora bien, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 434 de 2020, en cuanto al trámite de renovación del RUP, y su aplicación para la vigencia del año 2021, debe entenderse que dicha prerrogativa aplicó para la anualidad del año 2020, lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo en mención, esto es, que las personas inscritas en el Registro Único de Proponentes debían «presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020». En ese sentido, es claro que dicha prerrogativa se encontraba vigente solo para el trámite de renovación en la anualidad del año 2020 y no se hizo extensiva a otras anualidades.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Es pertinente mencionar que respecto de las preguntas uno (1), dos (2) y cuatro (4) de su solicitud, las misma fueron atendidas por esta Subdirección mediante radicado de salida No. RS20210511004160 del 11 de mayo de 2021. Ahora bien, en relación con la pregunta No. Tres (3) de su solicitud, esta será validada y atendida en los plazos legalmente establecidos por la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, en consideración a que guarda relación con aspectos técnicos del Sistema Electrónico para la Contratación Pública ‒SECOP−. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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)
5. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto Ley 019 de 2012: «Artículo 166. Del Registro Único Empresarial y Social. Al Registro Único Empresarial (RUE) de que trata el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, que integró el Registro Mercantil y el Registro Único de Proponentes[...]». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 434 de 2020: «Artículo 2. Renovación del Registro Único de Proponentes. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las entidades estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley. Las personas inscritas en el RUP deben presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020». [↑](#footnote-ref-12)