**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad**

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019.

**RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias**

[…] quien opte por la tesis de la aplicación directa debe sostener que la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite.

[…]

Ahora bien, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la tesis de la reglamentación. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. […].

**REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020**

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para su cumplimiento. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición. […]

[…] en los artículos 31, 32, 34 y 36, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para los temas regulados en estas normas. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento en relación con i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

**LEY 2069 DE 2020 – Mínima cuantía – Eficacia directa**

El artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modifica el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. En esta modalidad de selección, la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados «contratos sin formalidades plenas».

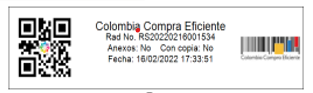
[…]

En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los aspectos generales del procedimiento contractual. No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional»

**MÍNIMA CUANTÍA – Normas reglamentarias – Decreto 1082 de 2015 – Vigencia**

[…] recientemente se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 Y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá, 16 febrero 2022

Señora

# Clara Marcela Serna Vasco

Bogotá D.C.

# Concepto C – 007 de 2022

**Temas:** LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad / RELACIÓN ENTRE LEY REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la r reglamentación – Diferencias / REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020 / LEY 2069 DE 2020 – Mínima cuantía – Eficacia directa / MÍNIMA CUANTÍA – Normas reglamentarias – Decreto 1082 de 2015 –Vigencia

**Radicación:** Respuesta a consulta P20220104000048

Estimada señora Serna:

En ejercicio de la función 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 la consulta realizada el 4 de enero de 2022.

# Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 94 de la ley 1474 de 2011, en un proceso de selección de mínima cuantía, una Entidad Estatal tiene o no la obligación de realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir, así no haya quedado la audiencia de apertura de propuestas incluida en el cronograma de un proceso o es solo una recomendación?»

# Consideraciones

Para resolver la inquietud planteada, dado que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 fue modificado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y que este último fue reglamentado por el Decreto 1860 de 2021, se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley de Emprendimiento, ii) intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas, iii) regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015, iv) régimen aplicable a los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022 y v) naturaleza de la audiencia de apertura de las propuestas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020, C-551 del 24 de septiembre de 2020 y C-542 de 20 de octubre de 2021 explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. Igualmente, en los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021 y C- 573 de 13 de octubre de 2021, se analizó el alcance del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, concluyendo que goza de eficacia directa. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada. Finalmente, en el desarrollo del concepto se hará referencia al Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, en relación con la modalidad de mínima cuantía.

# Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal

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, «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 tarifas1, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública2. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento3, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía4 y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación5.

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 20196.

Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación, iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional, v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana, así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas7.

Además, 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

1 Artículos 2 al 29.

2 Artículos 30 al 36.

3 Artículos 37 al 45.

4 Artículos 46 al 73.

5 Artículos 74 al 83.

6 Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).

7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara.

p. 13.

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.

# Intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas: la conclusión no es la misma frente a todos los artículos

En la Ley 2069 de 2020 la exigencia de reglamentación como condición de eficacia de su articulado es diversa, o sea, no es similar frente a todos sus enunciados normativos. En efecto, los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020 disponen que el gobierno nacional reglamentará i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de

«emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación. En este contexto, es necesario analizar si las entidades pueden aplicar directamente las normas citadas o, por el contrario, si su efectividad está condicionada a la expedición del reglamento correspondiente.

La respuesta a la inquietud planteada en el párrafo precedente es de enorme importancia por los efectos prácticos de ambas posiciones. Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe sostener que la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite.

De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, la jurisprudencia explica que la competencia reglamentaria prevista en el artículo 189.11 superior también corresponde a un poder discrecional8. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Este es el caso de lo previsto en los artículos 30, 33 y 35 de la Ley de Emprendimiento. En relación con las mipymes y mínima cuantía, dado que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula aspectos como i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros,

8 El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

los cuales tienen una aplicación inmediata sin que el reglamento condicione la vigencia de la mínima cuantía. Esto sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, conforme a lo dispuesto en el parágrafo 1 *ibidem*, ejerza la potestad reglamentaria para regular tanto las particularidades del procedimiento de selección como la posibilidad de realizar estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», aspectos en la que la norma excluye la regulación autónoma de la materia por parte de las entidades contratantes, aclarando que esta regulación se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero cuyas modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022, aspecto que se analizará en el desarrollo del concepto.

En lo que se refiere a la promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, la legislación consagra una serie de deberes que deben cumplir los destinatarios en su gestión contractual. Aunque el alcance de estas obligaciones puede delimitarse por otras leyes o reglamentos, lo importante es que el artículo 33 consagra elementos mínimos que las entidades deben acatar so pena de una causal de mala conducta. Por tanto, conforme al marco normativo que regule el acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para el acatamiento de esta disposición.

Igualmente, respecto a los factores de desempate, se encuentra que los mismos se elevaron a rango de ley, por lo que ni el reglamento ni el pliego de condiciones pueden modificarlos, adicionarlos o suprimirlos. En este sentido, las causales del artículo 35 son obligatorias en los procedimientos de selección de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales. De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 3 para los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no requiere de una reglamentación previa para su exigibilidad.

Ahora bien, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la *tesis de la reglamentación*. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Este el caso de los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley de Emprendimiento.

En efecto, estas disposiciones contienen un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional9. Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en

9 No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[…] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo*» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto).

una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce «[…] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que […] la concreten» (Corchetes fuera de texto)10.

Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal. Por ejemplo, el procedimiento para la cesión unilateral del contrato del artículo 9 de la Ley 2014 de 2019 también estaba condicionado por su reglamentación previa en los términos del parágrafo 2 *ibidem* antes de su declaratoria de inconstitucionalidad11. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato12.

Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una norma que establece un plazo es la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía «la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación». El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021 y el artículo 265 de la Ley 2094 de 2021 volvió a prorrogarlo hasta el 22 de marzo de 2022.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección: la selección abreviada; pero esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: la expedición del reglamento. Sobre este asunto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

10 GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[…] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.» (*Ibidem*).

11 El parágrafo 2 de la norma citada disponía que «El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». No obstante, conforme al comunicado de prensa del 25 de febrero de 2021, la norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional. Para estos efectos, «[…] la Corte consideró inexequible la atribución de facultades reglamentarias para el propósito de señalar cómo y a quién se va a ceder el contrato, pues tales asuntos deben ser definidos directamente por la ley […]». Por lo demás, «[…] Aclaró que la potestad reglamentaria opera solamente después de esta determinación legislativa» (Cfr. [https://www.beltranpardo.com/wp-](https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexequibilidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf) [content/uploads/2021/02/CorteConstitucional\_Inexequibilidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf](https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexequibilidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf)).

12 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[…] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)13.

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para su cumplimiento. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

En tal sentido, el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020. Por ello, en ausencia de desarrollo normativo posterior existe una *laguna técnica* que impide aplicar estas disposiciones. En este caso, la necesidad de la reglamentación previa también deriva de los antecedentes legislativos. En lo pertinente, el texto inicial de los artículos 15 y 17 del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 disponía que la necesidad del reglamento en lo relacionado con i) los criterios diferenciales para mipymes y ii) las convocatorias limitadas a mipymes, así como el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección14.

Como puede verificarse en las Gacetas del Congreso No. 1334 del 18 de noviembre de 2020 y 1389 de 14 de diciembre de 2020, además de que –para el segundo debate– el artículo 24 dispuso que la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres» correspondería al reglamento, el artículo 36 del texto conciliado incluye lo propio para las compras públicas de tecnología e innovación. Incluso, tratándose de los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020 la remisión al reglamento es razonable y está justificada, pues si eventualmente la concreción de estos aspectos se dejara a la discrecionalidad de las entidades contratantes, generaría un clima de inseguridad e incertidumbre para los interesados en acceder al sistema de compras públicas, por lo que desde esta perspectiva, la exigencia de la reglamentación tiene pretensiones unificadoras.

Por tanto, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando «[…] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria […]»15. En este tipo de situaciones, «[…] las autoridades no tienen -ni

pp. 3-4.

13 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara.

15 MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto

inédito. p. 203.

tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación»

16.

Así las cosas, es posible afirmar que, en los artículos 31, 32, 34 y 36, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para los temas regulados en estas normas. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento en relación con i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

Actualmente, dicha reglamentación se efectuó, en lo que tiene relación con los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, mediante el reciente Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021. Sin embargo, dichas disposiciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022, aspecto que se analizará en el desarrollo del concepto. A diferencia de lo anterior, es necesario analizar con mayor detalle lo relacionado con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, porque, como se explicará a continuación, esta norma ha gozado de eficacia directa, sin perjuicio de la reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

# Eficacia directa del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020: regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015, antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021

Con la finalidad de explicar el régimen jurídico vigente aplicable a la modalidad de mínima cuantía, en este numeral se hará referencia a las normas del Decreto 1082 de 2015 que la regulan, antes de la reciente expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». De esta manera, se reitera la advertencia en el sentido de que las referencias que se harán al Decreto 1082 de 2015 se entenderán antes de las modificaciones realizadas por el Decreto 1860.

Este esquema de análisis resulta procedente, toda vez, que de acuerdo con el Decreto 1860 de 2021 –al que se hará referencia en el numeral siguiente de este concepto– las disposiciones contenidas en dicho reglamento aplicarán a los

16 *Ibidem*.

procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. En tal sentido, tratándose de los procesos de mínima cuantía, dichas modificaciones tendrán efectos en los procesos cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. Hecha la anterior precisión, a continuación, se explicará cuál es el régimen vigente en la actualidad, reiterando la interpretación realizada por la Agencia en conceptos anteriores

17.

El artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modifica el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. En esta modalidad de selección, la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados «contratos sin formalidades plenas»18.

En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los aspectos generales del procedimiento contractual19. No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones *a Mipymes* o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto).

Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a mipymes la mínima cuantía, especialmente, cuando el artículo 94 la Ley 1474 de 2011 disponía que no era aplicable la Ley 816 de 2003, «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», ni el artículo

12 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la promoción del desarrollo en la contratación pública. A partir de la expedición del artículo 30, parágrafo 2, de la Ley 2069

17 En concreto, se hace referencia a los Conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021 y C-673 del 4 de enero de 2022.

18 Al respecto, la jurisprudencia explica que «[…] los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues […] el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 […]; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

19 Ambas normas disponen lo siguiente: «5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

»a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

»b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

»c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

»d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal».

de 2020, «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003». Es decir, al no prohibir la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la norma –además de reiterar la importancia de su reglamentación posterior– permite las convocatorias limitadas a mipymes en esta modalidad de selección.

Como se observa, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», desarrollos que se realizaron mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. No obstante, mientras empiezan a regir las disposiciones del Decreto 1860 de 2021, ¿era necesario el desarrollo normativo para la vigencia de la mínima cuantía? En principio, la respuesta positiva a esta inquietud se fundamentaría en la necesidad de que el reglamento precise los detalles del procedimiento de selección.

La Subdirección de Gestión Contractual no comparte esta tesis, porque si la ley define los aspectos generales del procedimiento, estos vinculan directamente a las entidades estatales. En efecto, «[…] el propósito del legislador fue delimitar sólo los principios que rigen la contratación pública, con el fin de orientar la gestión contractual. A diferencia de una ley general o de una ley marco, la técnica legislativa de los principios no busca un desarrollo ulterior a través del reglamento, sino unas bases para la actuación inmediata, sin que sea necesaria la intermediación del desarrollo reglamentario […]»20.

Por tanto, dado que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula aspectos de la mínima cuantía como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros, los cuales tienen una aplicación inmediata sin que el reglamento condicione su vigencia efectiva. En otras palabras, la mínima cuantía es directamente aplicable, sin perjuicio de que a través del ejercicio de la potestad reglamentaria se desarrolle específicamente la «Singularidad, especialidad e individualidad» del trámite, así como la realización de estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», lo cual se realizó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. Teniendo en cuenta lo anterior, bajo el marco jurídico actual es posible afirmar que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó el contenido del numeral 5, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

20 BENAVIDES, José Luis. La potestad reglamentaria en la contratación pública. En: Contratos públicos: Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 174.

Para efectos de la consulta, resta precisar si con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 están vigentes los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, que regulan el procedimiento de la mínima cuantía en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, mientras entran a regir las modificaciones realizadas por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021. En otras palabras, ¿la modificación de la Ley de Emprendimiento en la mínima cuantía supuso la desaparición del fundamento jurídico de los artículos originales del decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860–?

En principio, dado que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 fue subrogado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, podría concluirse la pérdida de fuerza ejecutoria

–o decaimiento– de los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 201121. Esta conclusión podría sustentarse en dos (2) argumentos. *Por un lado*, en que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en el parágrafo primero, contiene un nuevo mandato de reglamentación. Esto significa que sería voluntad del legislador ordenarle al gobierno nacional que expidiera una nueva reglamentación en la que –además de regular la adquisición a mipymes– disponga las particularidades del procedimiento contractual. Por ello, ese mandato, que debería cumplirse en el futuro, mal podría entenderse satisfecho con normas reglamentarias del pasado, como son las originales del Decreto 1082 de 2015. *Por otra parte*, los parágrafos 2 y 3 del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 fueron modificados por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en lo que respecta a la posibilidad de contratar con mipymes y de aplicar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Tales cambios exigen una reglamentación distinta del mandato legal, aunque esto no obsta para la aplicación inmediata del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, esto es, antes de que empiecen a regir las disposiciones del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

Esta argumentación sería coherente con lo explicado por esta Agencia a partir del Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020, en relación con las convocatorias limitadas a mipymes. Con las precisiones doctrinales posteriores, además de la pérdida de fuerza ejecutoria de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dichos enunciados normativos y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Por ello, puede afirmarse que, además del decaimiento de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 originales del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación del Decreto 1860–, se entendieron derogados, de acuerdo con el artículo 84 ibídem. Al respecto, el concepto anteriormente citado precisa que:

21 Esta norma dispone que los actos administrativos no pueden ejecutarse «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

[…] el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

Aplicando analógicamente este razonamiento a la mínima cuantía, debería concluirse que, como los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 reglamentaban el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es necesaria una nueva reglamentación del parágrafo primero que defina las particularidades del procedimiento de selección. Esto en la medida que las normas citadas del decreto reglamentario perderían su fundamento jurídico por la sustitución del contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Aunque el argumento es plausible, para la Subdirección de Gestión Contractual las consideraciones relacionadas con la limitación a mipymes no son aplicables a la regulación de la mínima cuantía, ya que tienen un alcance diferente. En efecto, el artículo 34 *ibidem* modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Inicialmente, la redacción de la Ley 1150 fue modificada por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, pero esta última fue derogada con la expedición de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, la norma dispone:

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 Mipyme, 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) Mipyme*.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, 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 Contratación22. (Énfasis fuera de texto)

En contraste con la redacción de la Ley 1450 de 2011, la Ley de Emprendimiento amplía la limitación a mipymes, de forma que ya no solo aplica en los procedimientos de selección de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, sino que se extiende a la gestión contractual de las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y los particulares que ejecuten recursos públicos. Incluso, la norma congela en el rango de ley el número de interesados que debe solicitar la limitación.

Además de que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento no es una norma de aplicación directa, contempla supuestos que no estaban previstos en el Decreto 1082 de 2015 original –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021–. Particularmente, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, las convocatorias limitadas únicamente eran obligatorias en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, siempre que la entidad contratante recibiera solicitudes de limitación de por lo menos tres (3) mipymes nacionales. Frente a este escenario, surge la necesidad de expedir una nueva reglamentación para las convocatorias limitadas que desarrolle los nuevos elementos previstos en la ley, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero cuyas modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo

«aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2021.

Por el contrario, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es directamente aplicable, pues –a diferencia de que sucedió en su momento con la selección abreviada– la mínima cuantía no requería desarrollo reglamentario posterior para su vigencia. Aunque el parágrafo primero habilita el ejercicio de la potestad dispuesta en el artículo 189.11 superior, el grueso de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015 son compatibles con la norma vigente. Lo anterior considerando que, conforme a los parágrafos del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, el cambio realmente

22 En los demás incisos, ambas normas tienen una redacción similar cuando prescriben que: «De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, 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 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 1°. En los procesos de selección 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 2°. 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 3°. 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.

consiste en la posibilidad de limitar a mypimes el procedimiento de selección. Esta materia corresponde al desarrollo reglamentario del artículo 34 *ibídem*, ya que –fuera del reducido margen de aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015– las convocatorias limitadas son posibles en «[…] las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos […]», sin distinguir entre procesos de contratación.

Por tanto, las diferencias entre el alcance de la mínima cuantía y de las convocatorias limitadas, impide aplicar por analogía las consideraciones realizadas por la Agencia a partir del Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020 al artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. En este caso no es posible sostener que la sustitución del contenido del del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007 genera el decaimiento de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien existe un cambio formal en el fundamento jurídico, la doctrina considera que el decaimiento se produce –entre otras causas– por la «[…] derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia […]»23.

El decaimiento afecta los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la subrogación del artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, el cual regulaba las convocatorias limitadas a mipymes. En este caso, desaparece el fundamento jurídico de las normas citadas del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, ya que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento introduce modificaciones sustanciales a la materia como se explicó *ut supra*, por lo que es necesario que un nuevo reglamento defina las reglas de las convocatorias limitadas como una condición para su exigibilidad en los procedimientos contractuales, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, esto es, a partir del 24 de marzo de 2022.

Lo mismo no sucede con la regulación de la mínima cuantía en el Decreto 1082 de 2015. Aunque el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento subroga el contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ambas disposiciones son de aplicación directa, sin que se necesitara la expedición de un nuevo reglamento. Adicionalmente, pese a que la Ley de Emprendimiento permite las convocatorias limitadas a las mipymes en la mínima cuantía, el desarrollo reglamentario de este tema hace parte del artículo 34 *ibídem*.

Para permitir la adquisición a mipymes y la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la Ley de Emprendimiento pudo modificar únicamente los parágrafos 1 y 2 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. Pese a que el artículo 30 de la Ley 2069 de

23 Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 252. Lo anterior, con apoyo de CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 1° de agosto de 1991. Rad. 949. C.P. Miguel González Rodríguez.

2020 optó por sustituir integralmente la regulación anterior, se observa que materialmente no existe una derogación de la mínima cuantía ni una modificación sustancial que incida en el procedimiento, por lo que no desaparece el fundamento jurídico de las normas reglamentarias que desarrollaban esta modalidad de selección al momento de expedirse la Ley 2069 de 2020. En esta medida, siguen vigentes gran parte de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015, los cuales aplicarán a los procesos de mínima cuantía que se inicien antes del 24 de marzo de 2022, de acuerdo con las normas de vigencia del Decreto 1860 de 2021.

No obstante, es necesario introducir un matiz en la conclusión precedente, pues los factores de desempate previstos en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 perdieron vigencia con la expedición del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, 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 dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias».

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. 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 –en otras palabras, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo expuesto en los dos (2) párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para el procedimiento de 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 efecto, una interpretación exegética del parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento desconocería la aplicación de normas transversales al sistema de compras y contratación pública, tales como la capacidad de los consorcios y las uniones temporales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los requisitos para ejercer

las potestades exorbitantes o los principios de la contratación estatal –arts. 6, 8, 14.2 y 23 de la Ley 80 de 1993, respectivamente–. Llevada al extremo, la idea de que el procedimiento de mínima cuantía solo se regula por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y su correspondiente reglamentación genera consecuencias absurdas, pues daría a entender que el reglamento podría modificar aspectos elevados a rango de ley, como lo son los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Además, aunque el artículo 5.1 de la Ley 57 de 1887 consagra la regla *lex specialis derogat legi generali*24, este criterio para la resolución de antinomias carece de aplicación matemática para concluir que los factores de desempate para la mínima cuantía se rigen por las normas especiales previstas en el reglamento. De esta manera, los límites de esta regla hay que verificarlos en cada caso teniendo en cuenta la intención del legislador, por lo cual es posible la existencia de una regla general que no tolere excepciones25. Al respecto, la doctrina considera que:

[…] la preferencia por la norma especial sobre la norma posterior no puede tener jamás un valor absoluto, porque razones de orden teleológico pueden impeler a dar prioridad a la *lex posterior generalis*. Piénsese en las hipótesis de nueva regulación integral de la materia, por reducida que la materia sea: parece que la vocación de regulación uniforme debe prevalecer sobre las diferencias sectoriales preexistentes. Por ello, incluso quienes defienden la primacía del criterio de la especialidad en caso de conflicto con el criterio cronológico lo hacen con reservas y sin atribuir a esta afirmación un valor absoluto. Ha sido sugerido, en este sentido, que el aforismo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* opera como una mera presunción hermenéutica, que puede ser destruida por una clara *voluntas legis* de sentido contrario26.

Tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, la ley «[…] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, […] y *define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento*» (Énfasis fuera de texto)27. En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía desde la expedición de la Ley 2069 de 2020, cuando la regla prevista en el artículo citado aplica en los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de

aquélla.

24 El artículo 5 de la Ley 57 de 1887 dispone que «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá

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

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

»2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada

en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública».

25 Cfr. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. p. 134.

26 DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 363. En el mismo sentido, la doctrina explica que «En los casos en que las reglas se superponen parcialmente, *lex posterior* da apoyo, por cierto, la presunción de que la regla mas reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior, pero ello no es incondicionalmente así. *Lex posterior* solo se aplica en la medida en que, en términos subjetivos, el legislador “tuvo la intención” de reemplazar la ley anterior […]» (Cfr. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Quinta edición. Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 127).

27 *Ibidem*. p. 18.

contratación, así como los celebrados por los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. En este sentido, los criterios de desempate aplicables a los procesos de mínima cuantía, desde la expedición de la Ley 2069 de 2020 son los establecidos en el artículo 35 de dicha Ley, entendiéndose derogadas las normas que le sean contrarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía desde la expedición de dicha Ley, por lo que se presentó tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección. De esta manera, a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –que se refieren a criterios de desempate–, los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Sin embargo, el régimen aplicable a la mínima cuantía variará para los procesos cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022, como se explicará en el numeral siguiente.

# Régimen aplicable a los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022

Como se expuso brevemente en el numeral anterior, recientemente se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 Y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la «invitación» y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a mipymes, de acuerdo con el mandato del parágrafo 1 del artículo 30 de la



Ley 2069 de 202028. iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cree y establezca las reglas para la utilización de Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de

«grandes almacenes».

De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección. En este sentido, el reglamento citado, que modifica el Decreto 1082 de 2015, constituye la nueva regulación de la modalidad de mínima cuantía.

Sin embargo, el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 estableció un término para la entrada en vigencia de sus disposiciones, al señalar que

«aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición»29. Debido a lo anterior, la regulación vigente de la modalidad de mínima cuantía es la expuesta en el numeral anterior de este concepto, donde se concluyó que a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento –antes de la modificación del Decreto 1860 de 2021– continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. No obstante, para las *invitaciones* que se publiquen a partir del 24 de marzo de 2022, la regulación aplicable a la modalidad de mínima cuantía será la establecida en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modificó los artículos 2.2.1.2.1.5.1. a 2.2.1.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015.

# Audiencia de apertura de las ofertas en los procedimientos de mínima cuantía

De acuerdo con lo explicado en los apartados precedentes, en la actualidad la mínima cuantía se encuentra regulada en el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Esta disposición no solo subrogó el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 sino que modificó el

28 PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

29 El artículo completo es del siguiente tenor: «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2. Y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14., 2.2.1.2.4.2.15., 2.2.1.2.4.2.16., 2.2.1.2.4.2.17. Y 2.2.1.2.4.2.18.;

adiciona un parágrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional».

alcance del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007. Por lo demás, salvo los factores de desempate, en vigencia del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sigue vigente gran parte de la reglamentación de este procedimiento contractual en el Decreto 1082 de 2015. Lo anterior hasta la entrada en vigencia del Decreto 1860 de 2021, el cual reglamenta el procedimiento de mínima cuantía con sujeción a las modificaciones previstas en la ley.

Delimitada la estructura del procedimiento de selección, corresponde determinar el carácter obligatorio o potestativo de la audiencia de apertura de ofertas en la mínima cuantía. En principio, teniendo en cuenta que el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento no regula esta hipótesis, el carácter obligatorio podría fundamentarse en los principios de la contratación estatal del artículo 23 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública30. Específicamente, de acuerdo con el principio transparencia, los numerales 2 y 3 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 disponen que «En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones» y que «Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política».

Esta fundamentación es dudosa, ya que –bien se trate de una decisión general o particular– el principio de publicidad tiene como objetivo principal dar a conocer la actuación desarrollada por la administración pública a la comunidad o a los particulares directamente afectados. Esto se deduce del artículo 3.9 de la Ley 1437 de 2011, pues dispone que «En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código». Sin embargo, de esta norma no se desprende la obligación de realizar audiencias, pues limita los mecanismos de publicidad a las «[…] comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley […]».

Bajo un criterio similar al explicado en el párrafo precedente también es posible entender el alcance de los numerales 2 y 3 del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, la *regla del numeral segundo* se refiere especialmente a la publicidad de los informes de evaluación de las ofertas con el objetivo de que los proponentes puedan controvertir la evaluación de las ofertas y el ~~orden~~  de elegibilidad31

30 El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente: «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con

arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

31 Así lo explica MATALLANA CAMACHO, quien al precisar el alcance del artículo 24.2 de la Ley 80 de 1993 considera que «Esta etapa no solo se constituye en una garantía para los proponentes, sino que la entidad estatal puede aprovechar esta oportunidad para revisar su decisión sobre el orden de elegibilidad inicialmente propuesto y hacer las correcciones que sean necesarias para seleccionar al contratista en las condiciones exigidas por la ley, es decir, obteniendo la mejor oferta técnica y económica que sea más favorable para los intereses de la entidad; de esa manera se evita el riesgo de demanda por no acceder a las pretensiones de quien alega poseer el primer orden de elegibilidad» (Cfr. Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2017. p. 288).

. Para el procedimiento de mínima cuantía, tanto la regulación actual del Decreto 1082 de 2015 como en las modificaciones del Decreto 1860 de 2021, el reglamento dispone el término de traslado del informe de evaluación, lo cual –en términos de la jurisprudencia constitucional– explica la relación entre el principio de publicidad y el debido proceso32.

Por su parte, la *regla del numeral tercero* se refiere a la publicidad de los documentos del proceso de contratación. En efecto, «El primer aparte del numeral esta referido a la obligación que tienen las autoridades de no sujetar a reserva sus actuaciones, salvo que la ley así lo indique, de tal manera que cualquier persona pueda acceder a los expedientes relativos a la información precontractual, contractual y de liquidación de los contratos»33. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015, este deber de publicidad se cumple a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, el cual «Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía» y «Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»34.

Adicionalmente, el segundo aparte de este numeral se refiere al artículo 273 superior, el cual –en el inciso primero– dispone que «A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la Republica y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenaran que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública». Este mandato constitucional fue desarrollado por el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentado en el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2012, y únicamente aplica para la adjudicación del procedimiento de selección regulado en los artículos 30 de la Ley 80 de 1993 y 2.1 de la Ley 1150 de 2007.

Lo importante es que de las normas anteriormente citadas no se deriva una obligación explícita de realizar una audiencia para la apertura de ofertas. Este deber tampoco está previsto en el reglamento. *Por un lado*, respecto a las normas generales de los procedimientos de selección, el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015 solo prescribe que «Para efectos de establecer el oferente que debe ser inhabilitado cuando en un mismo Proceso de Contratación se presentan oferentes en la situación descrita por los literales (g) y (h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y poder establecer la primera oferta en el tiempo, la Entidad Estatal debe dejar constancia

32 En efecto, «A la luz de las regulaciones de la Carta Fundamental (artículos 29 y 209), el debido proceso administrativo impone la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas (artículo 209 C.P. y 3º C.C.A.), de tal manera que la Administración resulta obligada a poner en conocimiento de sus destinatarios, todos aquellos actos que supongan una afectación directa de su situación jurídica» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-616 de 2006.

M.P. Jaime Araújo Rentería).

33 MATALLANA CAMACHO, Ob. Cit., p. 289.

34 Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que «Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios».

de la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales». *Por otra parte*, en relación con el procedimiento de mínima cuantía en particular, ni la regulación actual del Decreto 1082 de 2015 ni las modificaciones del Decreto 1860 de 2021 se refieren a este aspecto.

En este contexto, aunque la *audiencia de apertura* no es obligatoria en la mínima cuantía, cabe preguntarse si es potestativa. La respuesta positiva a esta inquietud se fundamenta en dos (2) argumentos. *En primer lugar*, el principio de publicidad permitiría su realización eventual, ya que este tiene un carácter transversal y multifacético en las actuaciones estatales. Conforme al artículo 209 superior es un eje rector de la función administrativa, por lo que despliega sus efectos en las más diversas esferas de la actividad estatal, incluidas las actuaciones contractuales. Además, entre otras manifestaciones, no se agota en el deber de publicar la información de la entidad, permitir su acceso al público, comunicar el inicio de las actuaciones administrativas a terceros ni en la obligación de notificar o publicar los actos administrativos, ya que las audiencias también desarrollan este principio35.

*En segundo lugar*, teniendo en cuenta que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 remite al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, aplicaría el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que «Las autoridades *podrán* decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella» (Énfasis fuera de texto).

En esta medida, las audiencias son una garantía para los principios de la función administrativa como el de publicidad, participación, contradicción y eficiencia, por lo que más allá de la sujeción estricta al principio de legalidad– contribuyen a la legitimación de las decisiones públicas36. De hecho, el literal a) del artículo 32 de la Ley 489 de 1998 refuerza esta tesis, ya que permite la realización de *audiencias públicas*37. Pese a lo anterior, la aplicación del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 no está exento de problemas, pues la remisión a las normas del Código de Procedimiento Administrativo supone un vacío legal en los procedimientos contractuales y, además, la

35 El Departamento Nacional de Planeación comparte esta tesis al explicar que «Es importante tener en cuenta que la mínima cuantía fue creada en el marco del estatuto anticorrupción como una medida de transparencia en la contratación del 10% de la menor cuantía, motivo por el cual, el servidor público tiene el deber de cumplir dicho principio con todas las actuaciones que los satisfagan

»Así las cosas, respecto al acta de cierre de recibo de las ofertas, en ninguna de las modalidades de selección se reglamenta este tema, el cual sin embargo es una práctica consabida y aceptada, a través de la cual, en el momento de cierre de la etapa de recibo de las ofertas, la entidad en aplicación de los principios de transparencia y publicidad, proceda a dar lectura pública de unos datos generales de las ofertas presentadas a efectos de los interesados conozcan con claridad las condiciones generales en que presentadas las demás ofertas y de esta manera se satisfagan principios de buen gobierno en esta materia. A pesar de que la reglamentación no se refiere a esta, se recomienda como buena práctica elaborar dicha acta y publicarla en el Secop» (documento consultado en la página web <https://www.yumpu.com/es/document/view/14557500/concepto-relacionado-con-la-minima-cuantia-y-el-acta-de-cierre-apr> el 28 de enero de 2022).

36 En efecto, «[…] las audiencias públicas dan, facilitan o aseguran una mayor participación, optimizando […] el procedimiento administrativo previo a la emisión de las medidas de alcance general o medidas de potencial amplio espectro, tornándolo éticamente aceptable. No olvidemos que una medida, general, dictada con la posibilidad de participación previa, siempre quedará revestida de mayor legitimidad democrática que en el supuesto que esa posibilidad haya estado ausente. Además, dar lugar a esa participación implica reconocer la dignidad en los participantes. Y, […] con sentido práctico, aquella mayor legitimidad democrática puede tener, como efecto, “blindar” a la medida general, acotándose o restringiéndose el margen para la revisión judicial» (SACRISTÁN, Estela. Participación en el procedimiento administrativo: las audiencias públicas. En: Procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional. Astrea: Buenos Aires, 2015. p. 24).

37 En concordancia, el artículo 33 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente: «Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.

»Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.

»En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada».

realización de audiencias no previstas en el Estatuto General podría violar el principio de economía.

*Por un lado*, si bien el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone la aplicación de la Ley 1437 de 2011 en los aspectos que sean compatibles con la finalidad y los principios del Estatuto General de Contratación, el inciso final del artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo prescribe que «Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. *En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código*» (Cursivas fuera de texto). De esta manera, la posibilidad de realizar audiencias con fundamento en el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 supone que las normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no hayan regulado este aspecto.

El tema resulta controversial, pues si bien el Estatuto General regula *audiencias obligatorias* como la de adjudicación en la licitación pública –art. 30.10 de la Ley 80 de 1993 y art 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007–, la de asignación de riesgos en el mismo procedimiento de selección –art. 4 de la Ley 1150 de 2007– o la de imposición de sanciones contractuales –art. 86 de la Ley 1474 de 2011–, la ausencia de regulación en otros aspectos de las diferentes modalidades de selección significa una de las siguientes situaciones: i) la prohibición tácita de realizar audiencias que no estén expresamente reguladas o ii) la existencia de vacío legal que exige la integración del ordenamiento jurídico para suplirlo.

Para esta Agencia no existe la prohibición tácita de realizar *audiencias potestativas* en otros procedimientos de selección, ya que los supuestos mencionados en el párrafo precedente se refieren a las *audiencias obligatorias*. En este último punto, es decir, sobre las *audiencias obligatorias*, el Estatuto General de Contratación tiene pretensiones de exhaustividad, pues si son un elemento reglado del procedimiento, la falta de realización implica un vicio de nulidad. En consecuencia, existe una prohibición tácita de adelantar *audiencias obligatorias* fuera de los casos previstos en la ley, por lo que es posible integrar el vacío legal sobre la procedencia de las *audiencias potestativas* con el citado inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, en la medida que estas últimas no se regularon en las normas que conforman el Estatuto General.

Sin embargo, *por otra parte*, las *audiencias potestativas* del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 deben ser compatibles con los principios de la actividad contractual –art 77 de la Ley 80 de 1993–. El asunto también es problemático, porque el artículo 25.2 de la Ley 80 de 1993 dispone que conforme al principio de

economía «Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias». De esta manera, podría sostenerse que en la medida que la ley no reguló audiencias para procedimientos de selección distintos a la licitación pública, las entidades no podrían adelantarlas oficiosamente por falta de norma especial.

La Agencia no comparte la idea del párrafo precedente, ya que la audiencia de apertura de las ofertas no implica una fase adicional del procedimiento, pues tiene como objeto el inicio de la fase de evaluación, es decir, una etapa existente dentro de la mínima cuantía, ya que –conforme al Decreto 1082 de 2015 y las modificaciones del Decreto 1860 de 2021, sin perjuicio de la subsanación de los requisitos habilitantes– «La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación». Por lo anterior, la realización de *audiencias públicas* en los términos del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 no implica una violación del principio de economía, pues no agrega una etapa adicional al procedimiento de selección: lo único que cambia es la forma de iniciar la evaluación de las ofertas en la mínima cuantía, garantizando la participación de los proponentes y demás interesados, lo cual no solo es compatible con los fines de la contratación pública

–art. 3 de la Ley 80 de 1993– sino también con los principios de la función administrativa

–art. 209 de la Constitución Política de 1991–.

De esta manera, se concluye que la Administración –a través de la invitación– *puede* disponer la realización de *audiencias públicas* para la apertura de las ofertas en los procedimientos de mínima cuantía. Lo anterior con fundamento en i) el principio de publicidad como eje rector de las actuaciones administrativas y ii) la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del procedimiento administrativo general, en virtud de la cual aplica el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011. De hecho, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha acogido explícitamente esta audiencia, por considerarla una buena práctica contractual, en la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020, «Por la cual se desarrollan e implementan los Documentos Tipo para los procesos de obra pública de Infraestructura de Transporte que se adelantan por la modalidad de mínima cuantía». En lo pertinente, el numeral 3.4 de la invitación dispone que:

[…]

Una vez vencido el término para presentar ofertas, la entidad estatal debe realizar su apertura en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir y elaborar un acta de cierre en la cual conste la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales, conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.5. del Decreto 1082 de 2015. El acta de cierre también debe señalar el valor de la propuesta económica. La hora de referencia será la hora legal colombiana

certificada por el Instituto Nacional de Metrología (utilizando para tal efecto la página web http://horalegal.inm.gov.co).

En el lugar y fecha señalada, en un acto público se realizará la apertura de todas las ofertas y tendrá la responsabilidad de hacerlo la [Dependencia de la entidad encargada de abrir el sobre]. Una vez realizada la apertura, las propuestas son públicas y cualquier persona podrá consultarlas en el sitio o pedir copias, de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

De lo anterior, se levantará un acta que solo será suscrita por los funcionarios o contratistas de la entidad que intervengan en la diligencia de cierre, en la cual se relacionará el nombre de los proponentes, si la carta de presentación fue incluida y está firmada; el número de la garantía de seriedad de la oferta que la acompaña, cuando esta se solicite; el número de folios y las observaciones correspondientes, así como los demás aspectos relevantes que considere la entidad. […]

En este contexto, tanto para la regulación vigente en el Decreto 1082 de 2015 como respecto a las modificaciones del Decreto 1860 de 2021, prevista la audiencia de apertura en el cronograma de la invitación del proceso de mínima cuantía, esta es obligatoria en virtud de la fuerza vinculante de los actos administrativos. De lo contrario, si la invitación ha guardado silencio sobre el tema, la audiencia será potestativa en los términos del citado artículo 35 de la Ley 1437 de 2011.

# Respuestas

«¿Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 94 de la ley 1474 de 2011, en un proceso de selección de mínima cuantía, una Entidad Estatal tiene o no la obligación de realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir, así no haya quedado la audiencia de apertura de propuestas incluida en el cronograma de un proceso o es solo una recomendación?».

En la actualidad la mínima cuantía se encuentra regulada en el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Esta disposición no solo subrogó el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 sino que modificó el alcance del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007. Por lo demás, salvo los factores de desempate, en vigencia del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sigue vigente gran parte de la reglamentación de este procedimiento contractual en el Decreto 1082 de 2015. Lo anterior hasta la entrada en vigencia del Decreto 1860 de 2021, el cual reglamenta el procedimiento de mínima cuantía con sujeción a las modificaciones previstas en la ley.

Ahora bien, de acuerdo con lo explicado en el presente oficio, la Administración

–a través de la invitación– puede disponer la realización de *audiencias públicas* para la apertura de las ofertas en los procedimientos de mínima cuantía. Lo anterior con fundamento en: i) el principio de publicidad como eje rector de las actuaciones

administrativas y ii) la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del procedimiento administrativo general, en virtud de la cual aplica el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011. De hecho, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha acogido explícitamente esta audiencia en el numeral 3.4 de los documentos tipo de mínima cuantía para obra pública de infraestructura de transporte.

En este contexto, tanto para la regulación vigente en el Decreto 1082 de 2015 como respecto a las modificaciones del Decreto 1860 de 2021, prevista la audiencia de apertura en el cronograma de la invitación del proceso de mínima cuantía, esta es obligatoria en virtud de la fuerza vinculante de los actos administrativos. De lo contrario, si la invitación ha guardado silencio sobre el tema, la audiencia será potestativa en los términos del citado artículo 35 de la Ley 1437 de 2011.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: Juan David Montoya Penagos

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Sebastián Ramírez Grisales

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE