**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1.150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

Ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección. En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población. Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad**

El 31 de diciembre de 2020, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. De acuerdo con su artículo 1 esta «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». Dicha Ley busca generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, con miras a generar 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 . En ese sentido, la ley busca responder a «[…] a las necesidades de ajuste normativo identificadas en los documentos de política pública para contribuir a resolver fallas estructurales e incluyendo un enfoque especial para los micronegocios y poblaciones vulnerables».

Para estos efectos, la Ley 2069 de 2020 dispone una serie de medidas tendientes a favorecer la actividad empresarial y los emprendimientos de distintos grupos poblacionales, empresas y modalidades asociativas. De acuerdo con esto, las disposiciones de esta norma apuntan a: 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 iniciativas.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 8, 9 y 10**

Los criterios establecidos en los numerales 8 al 11, consagran reglas de desempate que favorecen a oferentes con la calidad de mipymes, proponentes plurales integrados por estas y empresas de las que realizan adquisiciones a mipymes. Estos factores además aplican a entidades de economía solidaria como cooperativas y asociaciones mutuales, así como a sociedades de beneficio e interés colectivo –BIC–, siempre que sus ingresos las ubiquen dentro del segmento de mipymes. Particularmente, el numeral 8 dispone un criterio según el cual se debe preferir la oferta presentada por una mipyme, cooperativa o asociación mutual, e incluso la presentada por un proponente plural conformado por estos tipos de entidades, de suerte que el factor de desempate aplica tanto en favor de los proponentes singulares como de los plurales. Por su parte, el numeral 9 dispone el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, distinguiéndose del numeral 8 por su referencia exclusiva a proponentes plurales, así como por la exclusión de empresas categorizadas como medianas de acuerdo con el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015.

Respecto a la hipótesis objeto de consulta en la que, un proponente singular con la condición de micro o pequeña empresa y otro plural conformado por micro y/o pequeñas empresas, se encuentran en una situación de empate no resuelta por la aplicación de los ocho primeros factores, resulta palmario que la debida aplicación de la norma exige que se prefiera la oferta presentada por el proponente plural. Esto por cuanto, el factor de desempate consagrado en el numeral 9 aplica solo en favor de proponentes plurales conformados, exclusivamente, por micro y/o pequeñas empresas, más no en favor de proponentes singulares, ni siquiera si estos últimos fueran empresas categorizadas como micro o pequeñas. Esta forma aplicar la norma en la hipótesis planteada es la que surge de la interpretación gramatical del texto del numeral 9, el cual es claro al plantear su supuesto de hecho, incluyendo a proponentes singulares conformados por micro y/o pequeñas empresas, pero excluyendo a los singulares. Ante tal claridad en el sentido de la norma en comento, su adecuada aplicación en la eventualidad sobre la que versa la consulta no amerita más elucubraciones, en atención a aquel mandato interpretativo según el cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

****

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 01 Febrero 2022

Señor

**Carlos Manuel Malaver Rojas**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 738 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 8, 9 y 10 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211221011646 |

Estimado señor Malaver Rojas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su petición del 21 de diciembre de 2021.

**1. Problema planteado**

En la petición solicita se aclare como aplica el factor de desempate del artículo 35.9 de la Ley 2069 de 2020, esto, específicamente, en una situación de empate entre un proponente singular con la calidad de mipyme y otro plural conformado únicamente por empresas con la misma condición. A continuación de esto se plantea una consideración, a modo de comentario, en los siguientes términos:

«En caso de que un proponente singular (este es una micro y/o pequeña empresa) y uno plural (conformado por micro y/o pequeñas empresas), se encuentren empatados en un proceso de selección, y tanto el oferente singular como el oferente plural, hayan cumplido plenamente los criterios de desempate hasta llegar al criterio número 9 […]

[…]

Solicitamos se nos de luces al respecto de cuál es la forma legal y acertada jurídicamente en que se debe aplicar el criterio número 9 indicado por parte de la entidad contratante para continuar con el criterio de desempate.

Lo anterior pues no entendemos como un proponente singular que cumple con ser micro o pequeña empresa, sea rechazado en este criterio de desempate y se le dé prelación a un proponente plural conformado por micro o pequeñas empresas, y en este caso definiendo como proponente que obtiene el desempate al oferente plural y no dejando al proponente singular quien ostenta la misma calidad de ser micro o pequeña empresa continuar en el criterio de desempate siguiente, el cual sí permite proponentes plurales y singulares.

Solicitamos por favor sea resuelta nuestra observación y si estamos dando una mala interpretación a la norma, por favor aclarar la misma de forma concisa y específica en el sentido de saber si un proponente singular que llegue a este criterio de selección y a pesar de ser una micro o pequeña empresa, no podrá seguir en los criterios siguientes por el hecho de no poder competir contra proponentes plurales que ostentan tal condición».

**2. Consideraciones**

Antes de proceder a emitir un pronunciamiento sobre el contenido de su solicitud, es necesario precisar que en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está facultada para resolver consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Por esto, es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Esta función consultiva conferida a Colombia Compra Eficiente está encaminada a dictar una orientación respecto a la interpretación de las normas que rigen la contratación pública en Colombia, y cumplen tanto una función pedagógica como una función de comunicación fluida y transparente entre la ciudadanía y la administración pública.

Una característica importante de los conceptos mediante los que se resuelven tales consultas es que no pueden ubicarse dentro de la jerarquía de la ley o el reglamento, ya que estos consisten en la manifestación de una opinión jurídica sobre cómo debe aplicarse determinada norma[[1]](#footnote-1), la cual no tiene carácter vinculante de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Es por esto que los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente no tienen fuerza de ley o naturaleza de reglamento, sino que constituyen un criterio auxiliar de interpretación sobre una norma vigente, en particular aquellas que versen sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de contratación pública.

De acuerdo con esto, las respuestas emitidas como conceptos contienen la posición hermenéutica de la Agencia en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni mucho menos a resolver observaciones sobre el contenido de disposiciones normativas vigentes expedidas por el Legislador.

 Debido a esto, resolver la consideración formulada en su petición, a título de observación, respecto del contenido del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es una actuación que se encuentra por fuera del ámbito de competencia atribuido a esta entidad, en la medida que esta comportaría un exceso en el ejercicio de la función consultiva. Sin perjuicio de esto, en aras de garantizar su derecho fundamental de petición, la Agencia se pronunciará sobre la disposición objeto de consulta, formulando algunas consideraciones dirigidas a resolver la inquietud planteada en torno a la interpretación y adecuada aplicación de la referida disposición. Esto dentro de los límites del ejercicio de la función consultiva antes descrita.

Al respecto, vale la pena tener en cuenta que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el alcance de los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento en los Conceptos C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-114 del 13 de marzo de 2021, C-117 del 26 de marzo de 2021 C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-100 del 03 de mayo de 2021, C-101 del 24 de marzo2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-235 del 27 de mayo de 2021, C-181 del 28 de abril 2021, C-207 del 10 de mayo de 2021, C-209 del 10 de mayo de 2021, C-272 del 09 de junio de 2021 C-265 del 1 de junio de 2021 C-277 del 21 de junio de 2021 C- 291 del 18 de junio de 2021 C-320 del 01 de julio de 2021 C-444 del 23 de julio de 2021 C-518 del 20 de septiembre de 2021 C-437 del 24 de agosto de 2021 C-338 del 12 de julio 2021 C-239 del 25 de mayo de 2021 C-438 del 28 septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-617 del 06 diciembre de 2021, C-403 del 06 de septiembre de 2021, C-584 del 13 de diciembre de 2021 y C-689 del 05 de enero de 2022. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa a continuación:

**2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende materializar el principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación idóneos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[2]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[3]](#footnote-3). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4).

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

**2.2. Impacto de la Ley 2069 de 2020 en la contratación estatal**

El 31 de diciembre de 2020, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. De acuerdo con su artículo 1 esta «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».

 Dicha Ley busca generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, con miras a generar mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad[[5]](#footnote-5). De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019[[6]](#footnote-6). En ese sentido, la ley busca responder a «[…] a las necesidades de ajuste normativo identificadas en los documentos de política pública para contribuir a resolver fallas estructurales e incluyendo un enfoque especial para los micronegocios y poblaciones vulnerables»[[7]](#footnote-7).

Para estos efectos, la Ley 2069 de 2020 dispone una serie de medidas tendientes a favorecer la actividad empresarial y los emprendimientos de distintos grupos poblacionales, empresas y modalidades asociativas. De acuerdo con esto, las disposiciones de esta norma apuntan a: 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 iniciativas[[8]](#footnote-8).

Particularmente, en materia de contratación estatal la Ley 2069 de 2020, en sus artículos 30 al 36, dispone diversas modificaciones normativas con los que se busca crear incentivos para que personas pertenecientes a grupos de población vulnerable –como mujeres cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, personas en condición de discapacidad, población indígena, entre otros–, interesadas en celebrar contratos con el Estado, tengan facilidades para acceder a la contratación pública. Asimismo, se crean incentivos para fortalecer las empresas del segmento de mipymes, respecto de las cuales, según la exposición de motivos, se «[…] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, define la posibilidad de establecer criterios diferenciales a favor de las Mipymes en los procesos de contratación pública, amplía el ámbito de aplicación de las medidas de compras públicas a entidades que hoy están excluidas, establece la creación de un sistema de información e indicadores para evaluar la efectividad de las medidas adoptadas y define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento».[[9]](#footnote-9)

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. De esta manera, hasta la promulgación de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[10]](#footnote-10). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley 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». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado[[11]](#footnote-11).

**2.3. Aplicación de los factores de desempate de los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modificó la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, de acuerdo con la doctrina al respecto expedida por esta entidad en ejercicio de la función consultiva. Al respecto es preciso advertir que, en los conceptos hasta la fecha expedidos esta Agencia, se ha llamado la atención respecto del carácter de norma de aplicación directa del artículo 35, no obstante, la aplicación de dicha norma ha sido reglamentada por la reciente expedición del Decreto 1860 de 2021, el cual reglamentó los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, adicionando al Decreto 1082 de 2015 el artículo 2.2.1.2.4.2.17, disposición que vino a regular los mecanismos de acreditación de los diferentes factores de desempate establecidos en el artículo 35 *ibídem*.

Ahora bien, en efecto, como usted plantea en su consulta, así como de acuerdo con lo sostenido por la Subdirección de Gestión Contractual en diferentes conceptos, los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse sucesivamente hasta llegar a uno que resuelva la situación de empate. Esta interpretación es la que surge del propio texto de la norma, el cual señala que antes de establecer los respectivos factores y su orden, indica que «[…] el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido […]».

 De acuerdo con esto, el referido artículo establece doce numerales contentivos de reglas dirigidas a resolver las situaciones de empate en los procesos de contratación, a partir de unos supuestos de hecho tendientes a preferir a oferentes que reúnan ciertas condiciones, sobre otros que no las cumplan. Al respecto, el artículo 35 establece lo siguiente*:*

«[…] 1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes  o servicios extranjeros.

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

3. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

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

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

8. Preferir la oferta presentada por una MiPymes o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.

***9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.***

10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de pagos realizados a MiPymes, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una MIPYME, cooperativa o asociación mutual que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutual aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural .

11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.

12. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los Documentos del Proceso». (Énfasis fuera de texto).

 Como se aprecia, el primero de los factores de desempate insta a preferir la oferta de bienes nacionales sobre los extranjeros, mientras que los criterios de desempate establecidos en los numerales 2 al 7 consagran reglas cuyos supuestos de hecho favorecen las ofertas presentadas por quienes tengan determinadas condiciones de vulnerabilidad, empresas en las que tengan participación accionaria personas con alguna de estas condiciones o que los tengan vinculados a su nómina. De esta manera encontramos como beneficiarios de estos factores de desempate los siguientes grupos poblacionales: i) mujeres cabeza de familia; ii) mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; iii) personas en condición de discapacidad; iv) personas mayores no beneficiarias de pensión que hayan cumplido el requisito de edad; v) población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; y vi) personas en proceso de reintegración o reincorporación.

Por otro lado, los criterios establecidos en los numerales 8 al 11, consagran reglas de desempate que favorecen a oferentes con la calidad de mipymes, proponentes plurales integrados por estas y empresas de las que realizan adquisiciones a mipymes. Además, estos factores aplican a entidades de economía solidaria como cooperativas y asociaciones mutuales, así como a sociedades de beneficio e interés colectivo –BIC–, siempre que sus ingresos las ubiquen dentro del segmento de mipymes.

 Particularmente, el numeral 8 dispone un criterio según el cual se debe preferir la oferta presentada por una mipyme, cooperativa o asociación mutual, e incluso la presentada por un proponente plural conformado por estos tipos de entidades, de suerte que el factor de desempate aplica tanto en favor de los proponentes singulares como de los plurales. Por su parte, el numeral 9 dispone el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, distinguiéndose del numeral 8 por su referencia exclusiva a proponentes plurales, así como por la exclusión de empresas categorizadas como medianas de acuerdo con el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015.

 Respecto a la hipótesis objeto de consulta en la que, un proponente singular con la condición de micro o pequeña empresa y otro plural conformado por micro y/o pequeñas empresas, se encuentran en una situación de empate no resuelta por la aplicación de los ocho primeros factores, resulta palmario que la debida aplicación de la norma exige que se prefiera la oferta presentada por el proponente plural. Esto por cuanto, el factor de desempate consagrado en el numeral 9 aplica solo en favor de proponentes plurales conformados, exclusivamente, por micro y/o pequeñas empresas, más no en favor de proponentes singulares, ni siquiera si estos últimos fueran empresas categorizadas como micro o pequeñas.

Esta forma de aplicar la norma en la hipótesis planteada es la que surge de la interpretación gramatical de la redacción del numeral 9. El texto de este numeral es claro al referirse, exclusivamente, a «[…] el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales», excluyendo de este factor de desempate a los proponentes singulares. En ese sentido, esta interpretación se encuentra acorde con aquel mandato interpretativo según el cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»[[12]](#footnote-12).

 Si bien esta conclusión parece surgir principalmente de la exegesis del texto del numeral 9 del artículo 35 *ibídem,* esto no significa que esta forma de aplicar la norma no corresponda con el espíritu de la Ley 2069 de 2020. Esto por cuanto, conforme se estableció *supra,* el objetivo central de esta ley es generar crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas en el país con miras a generar bienestar social, para lo cual se ha priorizado el segmento de mipymes por considerarse estratégico para lograr dicho propósito, por lo que la Ley crea una serie de incentivos en favor de estas, en el entendido de que con esto se contribuye a su objeto principal.

En consideración a esto, si en gracia se discusión se admitiera aplicar un criterio teleológico a la interpretación del numeral 9, también resultaría coherente con el espíritu de la norma privilegiar a proponentes plurales conformados por micro, pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, en detrimento de proponentes singulares. Lo anterior en la medida que esto favorece a todas los integrantes del proponente plural, lo que supone un mayor número de empresas micro y/o pequeñas empresas beneficiadas por la regla de desempate, quienes de resultar adjudicatarias deberían asumir la ejecución del contrato de manera conjunta.

Con esto en manera alguna la ley deja al margen de los criterios de desempate a las mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales que decidieran concurrir en calidad de proponentes singulares a los procesos de contratación pública, pues como se explicó en los párrafos precedentes, a estas les aplica el factor de desempate del numeral 8 del artículo 35 *ejusdem*. En ese sentido, si, por ejemplo, se presentare una situación en la cual agotados los primeros siete factores persiste un empate entre un proponente singular mipyme y un proponente singular o plural sin dicha condición, el desempate necesariamente debería favorecer al primero, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8.

 Por otro lado, en relación con el factor de desempate del numeral 10 del artículo 35 *ibídem* debe aclararse que, en efecto, este aplica tanto a proponentes singulares como plurales, pero no en atención a que ostenten la condición de mipymes o estén conformados exclusivamente por las mismas, sino por otras circunstancias. De hecho, este factor de desempate establece dos supuestos de hecho alternativos, uno de los cuales aplica para proponentes singulares y otro para proponentes plurales. Conforme al primero de ellos debe preferirse la oferta presentada por el proponente singular que acredite, de acuerdo con sus estados financieros, que por lo menos el 25% del total de los pagos realizados por concepto de proveeduría, los ha realizado a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. El segundo supuesto indica que debe preferirse la oferta presentada por un proponente plural que reúna las siguientes condiciones: a) estar conformado por al menos una mipyme, cooperativa o asociación mutual con al menos un 25% de participación; b) la mipyme, cooperativa o asociación mutual aporte como mínimo 25% de la experiencia; y c) que ni la mipyme, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

 De acuerdo con lo anterior, los factores de desempate de los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los que se alude en la consulta, benefician mediante distintos supuestos de hecho a empresas del segmento de mipymes, en el marco del objetivo general de dicha ley asociado al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de este tipo de empresas. La configuración de los factores de desempate, así como el orden en el que fueron consagrados, por supuesto obedece al amplio margen de configuración normativa atribuido al Congreso de la República en materia de contratación estatal[[13]](#footnote-13). Con fundamento en esa competencia, el Legislador estructuró las circunstancias en función de las cuales operan los criterios de desempate, involucrando dentro de las mismas a los diferentes grupos de población vulnerable, empresas y modalidades asociativas que han sido privilegiadas con los incentivos creados por la Ley de Emprendimiento.

**3. Respuesta**

En la petición solicita se aclare como aplica el factor de desempate del artículo 35.9 de la Ley 2069 de 2020, esto, específicamente, en una situación de empate entre un proponente singular con la calidad de mipyme y otro plural conformado únicamente por empresas con la misma condición. A continuación de esto se plantea una consideración, a modo de comentario, en los siguientes términos:

«En caso de que un proponente singular (este es una micro y/o pequeña empresa) y uno plural (conformado por micro y/o pequeñas empresas), se encuentren empatados en un proceso de selección, y tanto el oferente singular como el oferente plural, hayan cumplido plenamente los criterios de desempate hasta llegar al criterio número 9 […]

[…]

Solicitamos se nos de luces al respecto de cuál es la forma legal y acertada jurídicamente en que se debe aplicar el criterio número 9 indicado por parte de la entidad contratante para continuar con el criterio de desempate.

Lo anterior pues no entendemos como un proponente singular que cumple con ser micro o pequeña empresa, sea rechazado en este criterio de desempate y se le dé prelación a un proponente plural conformado por micro o pequeñas empresas, y en este caso definiendo como proponente que obtiene el desempate al oferente plural y no dejando al proponente singular quien ostenta la misma calidad de ser micro o pequeña empresa continuar en el criterio de desempate siguiente, el cual sí permite proponentes plurales y singulares.

Solicitamos por favor sea resuelta nuestra observación y si estamos dando una mala interpretación a la norma, por favor aclarar la misma de forma concisa y específica en el sentido de saber si un proponente singular que llegue a este criterio de selección y a pesar de ser una micro o pequeña empresa, no podrá seguir en los criterios siguientes por el hecho de no poder competir contra proponentes plurales que ostentan tal condición».

Conforme a lo expuesto en el presente oficio, es clara la diferencia entre los supuestos de hecho de los numerales 8 y 9 del artículo 35, pues mientras el primero beneficia a proponentes singulares con la calidad de mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, al igual que a proponentes plurales conformados por estas, mientras que el segundo solo beneficia a proponentes plurales conformados por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas y asociaciones mutuales, dejando al margen a los proponentes singulares. Conforme se ha explicado a lo largo del presente documento, tal distinción no solo se sustenta en la libertad de configuración normativa que corresponde al Congreso de la República, sino que además se justifica en la teleología de la Ley 2069 de 2020 y en la necesidad de que las normas que consagran los factores de desempate puedan tener un efecto útil.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Así lo ha señalado la Corte Constitucional, respecto al alcance de la función consultiva: «Contrariamente a lo que piensa la demandante, mirado desde el ángulo del administrado, la emisión de un concepto de la Administración no lo obliga a actuar de conformidad con lo que en él se expresa. Por lo tanto, no puede admitirse que el concepto tenga una fuerza igual a la ley, simplemente contiene la expresión de una opinión sobre la forma como ésta debe ser entendida o interpretada» Corte Constitucional. Sentencia C-487 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
5. Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, «La presente Ley 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.

»Dicho marco delineará un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicos de cada región». [↑](#footnote-ref-5)
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>). [↑](#footnote-ref-6)
7. Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020> [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibidem*. p. 18. [↑](#footnote-ref-9)
10. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

»Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

»1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

»2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

»3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

»4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-10)
11. Esto se ratifica expresamente en el artículo 8 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 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», el cual dispone que «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* […] *deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. Código Civil: «Artículo 27. Interpretación Gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

»Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento». [↑](#footnote-ref-12)
13. Constitución Política de Colombia: «Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

»[…]

»Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional». [↑](#footnote-ref-13)