CCE-DES-FM-17

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

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

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

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

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

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

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 – Finalidad – Contenido**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley. En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas , así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública . También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento , se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación .

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Vigencia – Aplicación directa**

[…] pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley. Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «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». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35. A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Parágrafo primero– Aplicabilidad – Cooperativas – Asociaciones mutuales – Clasificación empresarial**

Respecto de la aplicabilidad de los numerales 8 y 9 a cooperativas y asociaciones mutuales, resulta relevante lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Este introduce una limitación sobre la aplicación de los factores de desempate, al determinar que estos serán aplicables respecto de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial del Decreto 957 de 2019, priorizando las mipymes.

Sin embargo, esto no puede entenderse como una limitación general del ámbito de aplicación de todos los factores de desempate, el cual se encuentra delimitado por el inciso primero del artículo sub-examine. En ese entendido, lo que establece este parágrafo es que para que las cooperativas y asociaciones mutuales puedan beneficiarse de los factores de desempate de los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, deben cumplir con los criterios de clasificación empresarial previstos en el reglamento. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.13.2.1 del Decreto 957 de 2019 dispone que «Para […] la clasificación del tamaño empresarial se tendrá como criterio exclusivo los ingresos por actividades ordinarias anuales de la respectiva empresa», definiendo en el artículo 2.2.1.13.2.2 los rangos de ingresos, sectores económicos y categorías conforme a las que se realiza la clasificación de las empresas y en el artículo 2.2.1.13.2.4 la forma en la que se debe acreditar los ingresos que determinan el tamaño empresarial.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Aplicación sucesiva y excluyente – Numeral 9 – Proponentes plurales – Micro y/o pequeñas empresas – Exclusión empresas medianas**

Según indica el inciso primero del artículo 35, la aplicación de los factores de desempate debe hacerse de manera sucesiva y excluyente, de tal manera que, si se presenta una situación de empate, la entidad debe comenzar por intentar resolver el empate a través del factor del numeral 1 y de no se posible seguir con el siguiente, y así sucesivamente hasta aplicar uno que logré resolver el empate. En virtud de lo anterior, cuando se presenten empates que no puedan ser resueltos aplicando lo dispuestos entre los numerales 1 y 8 del artículo 35, la entidad deberá proceder a aplicar en el numeral 9.

El referido numeral 9, establece el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural conformado por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales. Este factor, a diferencia del establecido en el numeral 8, excluye a los proponentes singulares correspondientes a mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, así como a los proponentes plurales conformados por empresas medianas. Conforme a esto, este factor es aplicable para resolver situaciones de empate, en los que un extremo esté conformado por un consorcio o unión temporal integrado por micro y/o pequeñas empresas, así como cooperativas y/o asociaciones mutuales, y en el otro extremo se ubique un proponente plural conformado, por ejemplo, por empresas grandes o medianas, debiendo resolverse el empate en favor del primero.

****

Bogotá, 13 Abril 2021

Señor

**Raúl Orlando Delgado Cabiativa**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 165 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 – Finalidad – Contenido / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Vigencia – Aplicación directa / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Parágrafo primero– Aplicabilidad – Cooperativas – Asociaciones mutuales – Clasificación empresarial / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Aplicación sucesiva y excluyente – Numeral 9 – Proponentes plurales – Micro y/o pequeñas empresas – Exclusión empresas medianas |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas # P20210304001776 |

Estimado señor Delgado:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta realizada el 03 de marzo de 2021.

1. **Problemas planteados**

En relación con la aplicación del factor de desempate del artículo 35.9 de la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020, usted realiza las siguientes preguntas:

«[…] Si en un proceso de selección adelantado por alguna entidad estatal en la cual se encuentre en condición de empate un proponente plural constituido por una micro y/o pequeña empresa y/o cooperativas o asociaciones mutuales **y** una mediana empresa ¿Cómo debe aplicarse el factor 9 de los criterios de desempate “*Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales”?*

[…]

Si un proponente plural conformado por una micro y/o pequeña empresa y/o cooperativas o asociaciones mutuales **y** una mediana empresa se encuentra en condición de empate en un proceso de selección, el criterio de desempate 9 donde menciona que se debe preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales ¿excluye a aquellos proponentes plurales cuyos miembros sean pequeñas y medianas empresas?».

1. **Consideraciones**

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 y C-551 del 24 de septiembre de 2020, 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 C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 4 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-028, C-081, C-087 y C-098 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-044 del 3 de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021 y C-069 del 12 de marzo de 2021, se estudió la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación.

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

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

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

Pero, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-1).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-2). Más aún, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3).

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

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

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-4), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-5). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-6), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-7) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-8).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

**2.3. Los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

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

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «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». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

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

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

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

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, es menester hacer referencia al objeto de la consulta. Esta se formula sobre la aplicación del factor de desempate previsto para la cooperativas y asociaciones mutuales. Al respecto, los numerales 8 y 9 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento disponen:

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.

[…]

**Parágrafo primero.** Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas.

El factor de desempate del numeral 8 establece el deber de preferir las ofertas presentadas por mipymes o cooperativas o asociaciones mutuales, o la del proponente plural constituido por mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. Como se advierte, este factor beneficia a las mipymes, cooperativas, asociaciones mutuales, o proponentes plurales conformados por tales tipos de empresas, cuando sus ofertas se encuentren en situación de empate con las de empresas o sociedades que no correspondan a tales categorías.

En ese sentido, si en el marco de la aplicación sucesiva y excluyente de los numerales 1 a 7 del artículo 35 *Ibídem*, no se logra resolver el empate, la entidad deberá aplicar el numeral 8, el cual servirá para resolver el desempate si en un extremo del mismo se encuentra una oferta presentada por una mipyme, una cooperativa, una asociación mutual o un proponente plural conformado por estas, y en el otro, por ejemplo, una oferta presentada por un oferente que se encuadre en la categoría de gran empresa conforme al parágrafo 1 del artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 957 de 2019[[9]](#footnote-9). Si las ofertas empatadas fueron presentadas por alguno de los beneficiarios del factor del numeral 8, la entidad contratante deberá aplicar el factor del numeral 9.

En efecto, dicho numeral del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 establece la obligación de preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, es decir, que el sujeto beneficiario del factor de desempate es el proponente plural conformado por tales tipos de empresas. En contraste con el numeral 8, este factor excluye los proponentes singulares y a los proponentes plurales conformados por empresas medianas.

En ese sentido, el factor de desempate del numeral 9 aplica en circunstancias de empate entre ofertas presentadas por proponentes conformados por empresas micro y/o pequeñas, cooperativas y asociaciones mutuales, con ofertas de oferentes singulares o proponentes plurales conformados por empresas medianas o grandes. De presentarse un empate entre dos proponentes plurales, uno conformado por empresas micro y pequeñas, y otro conformado por empresas medianas y grandes, la aplicación de este factor conduciría a resolver el empate en favor del primero, en la medida que corresponde a uno de los sujetos a los que le es aplicable el numeral 9, a diferencia del segundo que se ubica por fuera del ámbito de aplicación de este factor.

Conforme a esto, el factor de desempate del numeral 9, privilegia las ofertas presentadas por oferentes plurales integrados por micro y pequeñas empresas, así como por cooperativas o asociaciones mutuales, prefiriéndolas sobre las propuestas de oferentes singulares y plurales conformados por medianas y grandes empresas. No obstante, no debe perderse de vista que la aplicación de los factores de desempate debe hacerse de manera sucesiva y excluyente, por lo que para aplicar el numeral 9 han debido agotarse los que lo anteceden, incluido el numeral 8 que tiene como beneficiarios a mipymes, asociaciones mutuales, cooperativas y proponentes plurales, estando las empresas medianas incluidas dentro de la categoría de mipymes, por lo que estas son susceptibles de ser beneficiarias de este factor al igual que los proponentes plurales que conformen, así como las empresas micro y pequeñas, las asociaciones mutuales y las cooperativas y los consorcios y uniones temporales en los que concurran.

Dado esto puede que, por ejemplo, la aplicación del factor de desempate del numeral 8 no sea útil para resolver un empate entre un proponente plural conformado por micro y/o pequeñas empresas, con otro integrado por empresas medianas y/o grandes. Sin embargo, el empate deberá resolverse a la luz del numeral 9, cuya aplicación aboca a seleccionar la oferta del proponente plural que no esté constituido por empresas medianas ni grandes.

Respecto de la aplicabilidad de los numerales 8 y 9 a cooperativas y asociaciones mutuales, resulta relevante lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Este introduce una limitación sobre la aplicación de los factores de desempate, al determinar que estos serán aplicables respecto de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial del Decreto 957 de 2019, priorizando las mipymes.

Sin embargo, esto no puede entenderse como una limitación general del ámbito de aplicación de todos los factores de desempate, el cual se encuentra delimitado por el inciso primero del artículo *sub-examine.* En ese entendido, lo que establece este parágrafo es que para que las cooperativas y asociaciones mutuales puedan beneficiarse de los factores de desempate de los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, deben cumplir con los criterios de clasificación empresarial previstos en el reglamento. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.13.2.1 del Decreto 957 de 2019 dispone que «Para […] la clasificación del tamaño empresarial se tendrá como criterio exclusivo los ingresos por actividades ordinarias anuales de la respectiva empresa», definiendo en el artículo 2.2.1.13.2.2 los rangos de ingresos, sectores económicos y categorías conforme a las que se realiza la clasificación de las empresas y en el artículo 2.2.1.13.2.4 la forma en la que se debe acreditar los ingresos que determinan el tamaño empresarial.

1. **Respuesta**

«[…] Si en un proceso de selección adelantado por alguna entidad estatal en la cual se encuentre en condición de empate un proponente plural constituido por una micro y/o pequeña empresa y/o cooperativas o asociaciones mutuales **y** una mediana empresa ¿Cómo debe aplicarse el factor 9 de los criterios de desempate “*Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales”?*

[…]

Si un proponente plural conformado por una micro y/o pequeña empresa y/o cooperativas o asociaciones mutuales **y** una mediana empresa se encuentra en condición de empate en un proceso de selección, el criterio de desempate 9 donde menciona que se debe preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales ¿excluye a aquellos proponentes plurales cuyos miembros sean pequeñas y medianas empresas?».

Conforme a lo expuesto, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que modifica el régimen de los factores de desempate en la contratación estatal, se encuentra vigente y goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Estos criterios de desempate actualmente son aplicables a todas las entidades estatales, independientemente de su régimen de contratación. Incluso, al consagrarse en la ley, generan la derogación y decaimiento de los previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, pues se trata de una norma superior y posterior que genera la pérdida de los fundamentos de derecho en los previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

 Según indica el inciso primero, los factores de desempate deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente, de tal manera que, si se presenta una situación de empate, la entidad debe resolverlo mediante la aplicación del factor del numeral 1 y de no ser posible seguir con el siguiente, y así sucesivamente hasta aplicar uno que lo resuelva. En virtud de lo anterior, cuando se presenten empates que no puedan resolverse aplicando lo dispuestos entre los numerales 1 y 8 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, la entidad deberá proceder a aplicar el del numeral 9.

 Este último establece el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural conformado por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales. Este factor, a diferencia del establecido en el numeral 8, excluye a los proponentes singulares correspondientes a mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, así como a los proponentes plurales conformados por empresas medianas. Conforme a esto, este factor es aplicable para resolver situaciones de empate, en los que un extremo esté conformado por un consorcio o unión temporal integrado por micro y/o pequeñas empresas, así como cooperativas y/o asociaciones mutuales, y en el otro extremo se ubique un proponente plural conformado, por ejemplo, por empresas medianas, debiendo resolverse el empate en favor del primero.

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 NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1074 de 2015: «Artículo 2.2.1.13.2.2. Rangos para la definición del tamaño empresarial.Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

»1. Para el sector manufacturero:

»Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT).

»Pequeña empresa**.**Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT).

» Mediana empresa**.**Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1.736.565 UVT).

»2. Para el sector servicios:

»Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor

Tributario (32.988 UVT).

»Pequeña empresa.Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT).

»Mediana empresa.Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).

»3. Para el sector de comercio:

»Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT).

» Pequeña empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT).

»Mediana empresa.Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2’160.692 UVT).

»Parágrafo 1°**.** Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente» [↑](#footnote-ref-9)