CCE-DES-FM-17

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

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

En cuando al contenido de la Ley en comento, es importante señalar que, como lo expresa su 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 la consagración de 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.

**INTERVENCIÓN DEL REGLAMENTO ­– Ley 2069 de 2020 ­­– Aplicación directa**

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. Verbigracia, 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 discrecional . 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.

**MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia**

[…], además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo 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, se debe aplicar 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 lo anterior, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque 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.

**PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación estatal – Ley 2069 – Artículo 34 – Subrogación**

La subrogación es, […], una forma de derogación de los actos normativos, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 se lee claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

**FACTORES DE DESEMPATE ­– Mínima cuantía – Subasta inversa – Ley 2069 de 2020 – Factores de desempate – Aplicación – Puntaje**

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. Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». 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 –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica mutatis mutandis a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para los procedimientos de subasta inversa–adelantados en el marco de la modalidad de selección abreviada– y mínima cuantía. A pesar de que numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 y el 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 establecían unas reglas especiales para el desempate entre ofertas para los referidos procedimientos, ya que el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no distingue modalidades de selección y regula la institución de los factores de desempate en los procesos de contratación estatal de manera integral. En consecuencia, por tratarse de una norma transversal al sistema de compras y contratación pública, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable a los procedimientos de procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía, presentándose tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en los numerales 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 y 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, para estos procedimientos de selección.

**Texto

Descripción generada automáticamente**

Doctor

**Winston Andrés Martínez Acosta**

Secretario General

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 397 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / INTERVENCIÓN DEL REGLAMENTO – Ley 2069 de 2020 – Aplicación directa / MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación estatal – Ley 2069 – Artículo 34 – Subrogación / FACTORES DE DESEMPATE ¬– Mínima cuantía – Subasta inversa – Ley 2069 de 2020 – Factores de desempate – Aplicación – Puntaje |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210624005547 |

Estimado Doctor Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a la Ley 2069 de 2020, usted realiza la siguiente pregunta:

«[…] 1. Tratándose de procesos en los cuales por su naturaleza son susceptibles de ser limitados a Mipymes y de acuerdo a la cuantía de la contratación establecida por el Ministerio de Comercio ¿Se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 del 2015, o a lo dispuesto por la ley 2069 del 2020? ¿Qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015?

2. En los procesos de contratación a los cuales no le son aplicables el factor de puntaje (mínima cuantía y selección abreviada de subasta inversa), ¿son susceptibles de incorporar dentro de la correspondiente invitación y pliego de condiciones, respectivamente, los factores de desempate contenido en el artículo 35 de la ley 2069 de 2020?, o si por con contrario, al no ser procesos que cuenten con factor de puntaje, ¿El mecanismo de desempate se sigue conservando de acuerdo a los criterios de desempate que se venían manejando antes de la entrega en vigencia de la ley 2069 de 2020?» [sic].

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal; ii) 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; iii) nueva regulación de las convocatorias limitadas a mipymes: eficacia y alcance de la potestad reglamentaria; y v) aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 en las modalidades de subasta inversa y mínima cuantía.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 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-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021 y C-306 del 28 de junio de 2021.

Po otro lado, esta Agencia ha estudiado, en términos generales, los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: 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-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, entre otros[[1]](#footnote-2). Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. 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 del artículo 189.11 de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuando 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[[2]](#footnote-3), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[3]](#footnote-4). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[4]](#footnote-5), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[5]](#footnote-6) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[6]](#footnote-7).

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[[7]](#footnote-8).

De esta manera, 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 iniciativas[[8]](#footnote-9).

Además, 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.

**2.2. Intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el** **sistema de compras públicas**

En la Ley 2069 de 2020 la exigencia de reglamentación como condición de eficacia de su articulado no es similar frente a todos sus enunciados normativos. Por ejemplo, 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 importante 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 discrecional[[9]](#footnote-10). 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, 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».

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, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos. 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.

Sin perjuicio de los anterior, es necesario considerar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere cada causal. Por lo tanto, conforme a lo explicado por esta Agencia en los Conceptos C-012, C-015 y C-016 del 4 de febrero de 2021, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se halla en la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

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 Nacional[[10]](#footnote-11). Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en 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)[[11]](#footnote-12).

Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal, ya que –conforme a los antecedentes de la consulta– 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 inconstitucionalidad[[12]](#footnote-13). 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 inmediato[[13]](#footnote-14).

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.

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:

[…] 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)[[14]](#footnote-15).

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de esta. 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 protección[[15]](#footnote-16).

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. 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 […]»[[16]](#footnote-17). En este tipo de situaciones, «[…] las autoridades no tienen -ni 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»[[17]](#footnote-18).

En ese orden de ideas, 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. A similar conclusión no se llega en relación con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, porque, como se explicará a continuación, esta norma goza de eficacia directa, sin perjuicio de que el gobierno nacional la reglamente.

**2.3. Nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Regulación de las convocatorias limitadas a mipymes: eficacia y alcance de la potestad reglamentaria**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[18]](#footnote-19), regulación que se resume en los siguientes aspectos:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Además, agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar –y así lo deberá reglamentar el gobierno nacional– siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin perjuicio de los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento que expida el gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones normativas que permitan la provisión de bienes y servicios, a través de la celebración de contratos estatales con algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga[[19]](#footnote-20).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de los actos normativos, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

En este orden de ideas, aunque el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 había sido modificado parcialmente por el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, que le había adicionado un parágrafo, también dicho parágrafo ha perdido su vigencia. En efecto, el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 dispuso:

Adiciónese un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 4°. Criterio de desempate. En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

Para los efectos de este parágrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

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

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

El anterior texto, que según se indicó fue agregado al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 como parágrafo 4, también se ve afectado por el efecto de la subrogación producida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque en este artículo no dispone que se mantiene vigente el parágrafo citado. En otras palabras, si el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 había adicionado un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y posteriormente el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó integralmente el referido artículo 12, sustituyéndolo por un texto nuevo, se concluye que el parágrafo 4 quedó derogado. Por lo tanto, no puede aplicarse en la actualidad y mucho menos puede entenderse como obligatorio en los procesos de selección, pues no está vigente.

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y después de aclarar que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regulaba las convocatorias limitadas a mipymes. En opinión de esta Agencia, el artículo citado del Decreto reglamentario carece de vigencia, porque su contenido es contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Si los decretos reglamentarios que profiere el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, buscan «la cumplida ejecución de las leyes», y si la disposición legal que había servido de fundamento a la expedición del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 –es decir, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007– fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, puede concluirse que la disposición reglamentaria decayó, por desaparición de su fundamento de derecho. Es decir, el fundamento de derecho, que era el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Sin embargo, no es solo por una razón formal que se deduce la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, sino también por un argumento material, como se explica a continuación.

Además de que el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 perdió el fundamento legal, su contenido es contrario al del nuevo artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En efecto, este último artículo no consagra las mismas exigencias para las convocatorias limitadas a mipymes. Concretamente, no incluye todos los requisitos que, hasta la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020, establecía el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Esta norma indicaba en su primer inciso que la entidad estatal solo podía limitar la convocatoria a las mipymes nacionales si se trataba de procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos. Por su parte, tal restricción no se encuentra en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 exigía que el valor del proceso de contratación en el que pretendiera limitarse la convocatoria a mipymes fuera «[…] menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo». Este requisito tampoco se observa en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A lo anterior debe agregarse que mientras la nueva disposición legal indica que la convocatoria limitada a mipymes debe hacerse cuando por lo menos *dos (2)* de estas hayan manifestado su interés antes de la resolución de apertura del proceso respectivo, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 condicionaba la limitación de la convocatoria a que la entidad estatal hubiera recibido solicitudes de por lo menos *tres (3)* mipymes, a más tardar un día hábil antes de la apertura del proceso de selección.

Las diferencias evidenciadas son suficientes para demostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo 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». Entonces, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse que esta norma está derogada.

Por último, no es válido argumentar que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Esta afirmación no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, dispone 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 la 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.

**2.4.** **Aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía.**

El artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 regulan el procedimiento aplicable para el mecanismo de subasta inversa, en el marco de la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, regulando en su numeral 9 un factor de desempate aplicable a este procedimiento, según el cual debe preferirse al oferente que presentó el menor precio inicial, y de persistir el empate se deben aplicarse los factores de desempate de los numerales 1 a 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Por su parte, el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, consagra un criterio de desempate especial para la modalidad de selección de mínima cuantía, el cual consiste en el deber de preferir la oferta que presentada primero en el tiempo. Para determinar si están vigentes estos numerales, es indispensable considerar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula nuevos criterios de desempate aplicables en la contratación estatal.

Como se precisó en el numeral 2.2 del presente concepto, los factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Emprendimientono solo son aplicables a la contratación de las entidades regidas por el EGCAP, sino también a los procesos de selección de las entidades exceptuadas, a los que realicen los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, y en general, en los procesos de selección realizados con cargo a recursos públicos. Debido a que la norma no distingue entre modalidades o procedimientos, los factores de desempate son aplicables en todos los procesos de selección que celebren los sujetos mencionados.

En ese sentido, la Agencia ha estimado que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a las distintas modalidades de contratación. Concretamente, la vigencia de este artículo ha generado la derogatoria del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, conforme a lo dispuesto en artículo 84 de la Ley 2069 de 2020. Como argumento adicional, se ha sostenido la configuración del fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, en virtud del numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, considerando que esta última norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, por lo que la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la mencionada disposición reglamentaria decaiga. Esta Agencia ha determinado que estos argumentos no solo son predicables del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en el que se reglamentaban de manera general los factores de desempate, sino también de otros artículos de dicho reglamento en el que se establecían factores de desempate para algunas modalidades de selección. Este es el caso del numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2, referente al factor de desempate en procedimientos de subasta inversa[[20]](#footnote-21), al igual que el del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2, precisando que ambos casos se presenta tanto la derogación como decaimiento[[21]](#footnote-22).

Conforme a lo anterior, la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes actores del sistema de compras públicas, quienes –indistintamente del régimen de contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma, lo cual aplica a los procedimientos de subasta inversa y de mínima cuantía. Conforme al ámbito de aplicación, la regulación del tema en la Ley de Emprendimiento ha generado la derogatoria y decaimiento del numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2, y del 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que, con excepción de los numerales citados, es posible adelantar procesos de selección mediante el mecanismo de subasta inversa, al igual que en la modalidad de mínima cuantía, siguiendo los procedimientos de los artículos 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.1.5.2, respectivamente, para lo cual –en caso de empate– deberá aplicarse el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en ambos casos.

El hecho de que en estos procedimientos la determinación de la oferta más favorable no esté mediada por el uso de «puntaje», y que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 sea aplicable en «[..] caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas […]», no significa que dicha noma no deba aplicarse en los referidos procedimientos. Esto dado que una interpretación exegética del artículo 35, según la cual este solo es aplicable en los procedimientos en los que se use el «puntaje» como mecanismo de evaluación, no corresponde con la finalidad transversal de la noma. Ello en la medida en que los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento están concebidos para «[…] 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 […]».

Por lo anterior, se considera que el alcance de la expresión *puntaje total,* contenida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, debe interpretarse sistemáticamente, propiciando una aplicación normativa coherente con otras disposiciones del sistema de compra pública y que satisfagan la finalidad transversal de la norma. Con este propósito, es necesario acudir al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula el deber de selección objetiva, conforme al cual debe determinarse cuál es la oferta más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el «[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]»[[22]](#footnote-23). Esta favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo al objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los requisitos exigibles en la generalidad de procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –por expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior, ya que no se refieren a la oferta misma sino la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[23]](#footnote-24). Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones. El numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes que permiten la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Por su parte, el numeral 3 establece que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral 4, referente a procedimientos para selección de consultores, señala que debe hacerse uso de factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

Conforme a lo anterior, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, alude a diferentes conceptos como factores de escogencia, de calificación, técnicos y económicos de escogencia, de evaluación y calificación. Además, el artículo alude a unos factores que no otorgan puntaje y de otros que inciden en la comparación de ofertas. En línea con esto último, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como «[…] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad»[[24]](#footnote-25). Todas estas categorías designan los «[…] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas»[[25]](#footnote-26). Conforme a esto, la doctrina explica que:

De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que "la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos". Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual.

De nuevo, aquí es preciso señalar que es el pliego de condiciones el que debe determinar cuáles son esos factores que en cada caso concreto permiten hacer una comparación entre las ofertas presentadas y, con base en ello, determinar cuál es la más favorable para la Administración Pública.

[…]

Una siguiente conclusión que se deriva de la norma parcialmente transcrita consiste en que los pliegos de condiciones deben determinar dos situaciones por separado: 1. cuáles serán los factores o requisitos que serán evaluados por la Administración y 2. cuáles son los criterios para asignar puntaje a cada uno de los factores de evaluación y, con base en ello, poder hacer la comparación entre las ofertas y concluir cuál de ellas es la más ventajosa para la entidad estatal[[26]](#footnote-27).

De acuerdo con lo anterior, es posible asimilar las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que por lo tanto debe hacer adjudicatario a quien la presentó en debida forma. Es frente a estos factores que la entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, con el fin de determinar objetivamente la oferta más favorable, aplicando para ello las reglas establecidas en el pliego o documento equivalente para la ponderación de las ofertas.

En ese sentido, la asignación de puntaje es un mecanismo mediante el cual las entidades ponderan los factores de calificación ꟷ*v.g.* técnicos y económicos, de calidad y precio­, etc.ꟷ en un determinado proceso de selección, como se desprende del literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que expresamente se alude al puntaje. Sin embargo, no es este el único mecanismo de ponderación que tienen a su alcance las entidades estatales para determinar el ofrecimiento más favorable, ya que el propio literal b) del artículo 5.2 posibilita que el ofrecimiento más favorable se determine con un análisis de la relación costo-beneficio, evento en el no habría necesidad de acudir a sistemas de asignación de puntaje. A estos se suman, los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como los de mínima cuantía, en los que –según los artículos 5.3 y 2.5 de la Ley 1150 de 2007– el único factor de selección es el menor precio ofertado, por lo que no hay lugar a ponderación mediante puntajes.

Es necesario destacar, que las reglas para establecer la oferta más favorable conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran reglamentadas en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en los literales a) y b) del artículo 5­.2 de la Ley 1150 de 2007, disponiendo unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Conforme a este artículo, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas, ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, y iv) el valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la entidad estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta «[…] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo […]»[[27]](#footnote-28).

Conforme a lo anterior, el deber de selección objetiva está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que en todo caso deben reflejarse en el pliego de condiciones o documento equivalente para el respectivo proceso de selección. Estas disposiciones establecen que en los procesos de selección deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que en consecuencia debe elegirse.

Considerando la explicación precedente, asumir que los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 únicamente son aplicables a los procesos de selección en los que se empleen sistemas de asignación de puntaje para determinar la oferta más favorable, conduciría a entender que estos no rigen en otros procedimientos de selección. Esto dado que no habría lugar a aplicar los referidos factores de desempate en procedimientos en los que no se comparen las ofertas usando puntajes, como es el caso de los procesos en los que ponderan condiciones técnicas y económicas mínimas y adicionales para escoger la oferta que represente la mejor relación costo beneficio, procedimientos en los que también es posible que se presenten empates.

Lo anterior implica que las entidades estatales tendrían a su alcance la posibilidad de determinar si aplica o no el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, ya que al elaborar los pliegos de condiciones están facultadas para prescindir de la asignación de puntaje, optando, por ejemplo, por alternativas en las que se valore la relación costo beneficio, lo que relevaría a la entidad de aplicar los factores de desempate. Esta consecuencia también se aprecia en caso de las entidades exceptuadas, quienes al no estar sujetas al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, tienen a su alcance la posibilidad de configurar procesos de selección en los que no se utilicen puntajes para escoger la oferta ganadora, inaplicando de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Conforme a estas consideraciones, el entendimiento literal de la expresión *puntaje total* contenida en el artículo 35 de la 2069 de 2020, priva esta norma de una gran parte de su obligatoriedad, al permitir que los destinatarios eludan su aplicación. Esto implica que la finalidad transversal del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 quedaría cercenada por su interpretación exegética, generando consecuencias absurdas como las descritas en el párrafo precedente.

En consideración a lo anterior, la Agencia no comparte la posición según la cual el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento*,* solo es aplicable en caso de empate en el puntaje total entre dos o más ofertas. Por el contrario, debe interpretarse de manera sistemática con las demás disposiciones del EGCAP, particularmente, con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Conforme a esta idea interpretación, la expresión *empate en el puntaje total* apunta a las situaciones en la evaluación final de las ofertas en las que, realizándose la comparación de acuerdo con los factores de calificación, evaluación o ponderación aplicables al respectivo procedimiento, se presenta un empate entre dos o más propuestas.

En ese entendido, con independencia de que la ponderación emplee puntajes, fórmulas, criterios de relación costo – beneficio o de que el único criterio de evaluación sea el menor precio, deben aplicarse los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales.

Esta interpretación garantiza que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 cumpla la finalidad transversal con la que fue concebido, a diferencia de la interpretación literal del mismo, que priva a la norma de una gran parte de su ámbito aplicación. En ese sentido, la interpretación sistemática está respaldada por la aplicación del principio hermenéutico del *efecto útil de las normas*[[28]](#footnote-29).Por tanto, los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento aplican a todos los procesos de selección de las entidades estatales sin importar su régimen contractual, en los que se presente esta situación entre varias ofertas, una vez comparadas las mismas ponderando los factores de evaluación de acuerdo con las reglas establecidas en el pliego de condiciones o documento equivalente. Bajo este criterio, la norma citada se extiende al mecanismo de subasta inversa, así como al procedimiento de mínima cuantía, por lo que han perdido vigencia los numerales 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 y 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuestas**

«[…] 1. Tratándose de procesos en los cuales por su naturaleza son susceptibles de ser limitados a Mipymes y de acuerdo a la cuantía de la contratación establecida por el Ministerio de Comercio ¿Se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 del 2015, o a lo dispuesto por la ley 2069 del 2020? ¿Qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015? […]».

De las consideraciones anteriores, puede concluirse que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo 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 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado.

Además, no es posible argumentar que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 que no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Esta afirmación no se comparte, porque 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 la 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.

«[…] 2. En los procesos de contratación a los cuales no le son aplicables el factor de puntaje (mínima cuantía y selección abreviada de subasta inversa), ¿son susceptibles de incorporar dentro de la correspondiente invitación y pliego de condiciones, respectivamente, los factores de desempate contenido en el artículo 35 de la ley 2069 de 2020?, o si por con contrario, al no ser procesos que cuenten con factor de puntaje, ¿El mecanismo de desempate se sigue conservando de acuerdo a los criterios de desempate que se venían manejando antes de la entrega en vigencia de la ley 2069 de 2020?» [sic].

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.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 *ibidem* 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 –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para los procedimientos de subasta inversa–adelantados en el marco de la modalidad de selección abreviada– y mínima cuantía. A pesar de que numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 y el 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 establecían unas reglas especiales para el desempate entre ofertas para los referidos procedimientos, ya que el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no distingue modalidades de selección y regula la institución de los factores de desempate en los procesos de contratación estatal de manera integral.

En consecuencia, por tratarse de una norma transversal al sistema de compras y contratación pública, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable a los procedimientos de procedimientos de subasta inversa y mínima cuantía, presentándose tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en los numerales 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 y 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, para estos procedimientos de selección.

Estas normas deben interpretarse de manera sistemática con las demás disposiciones del EGCAP, particularmente, con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Conforme esta idea, la expresión *empate en el puntaje total* apunta a las situaciones en la evaluación final de las ofertas en las que, realizándose la comparación de acuerdo con los factores de calificación, evaluación o ponderación aplicables al respectivo procedimiento, se presenta un empate entre dos o más propuestas. En ese entendido, con independencia de que la ponderación emplee puntajes, fórmulas, criterios de relación costo – beneficio o de que el único criterio de evaluación sea el menor precio, deben aplicarse los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

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

1. La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 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 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
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-9)
9. 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». [↑](#footnote-ref-10)
10. 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). [↑](#footnote-ref-11)
11. 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*). [↑](#footnote-ref-12)
12. 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-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexequibilidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf>). [↑](#footnote-ref-13)
13. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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. pp. 3-4. [↑](#footnote-ref-16)
16. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. [↑](#footnote-ref-17)
17. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-18)
18. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

    »"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las 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 a 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 Contratación.

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

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

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

    »Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen."» [↑](#footnote-ref-19)
19. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango. [↑](#footnote-ref-20)
20. Sobre este tema revisar los siguientes conceptos expedidos por esta Agencia: C-098 del 23 de febrero de 2021, C-101 del 24 de marzo de 2021, C-117 del 26 de marzo de 2021, C-181 del 28 de abril de 2021, C-100 del 3 de mayo de 2021, C-195 del 4 de mayo de 2021 y C-198 del 5 de mayo de 2021. Estos y otros conceptos pueden ser consultados en la plataforma de relatoría de Colombia Compra Eficiente disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-21)
21. Al respecto los conceptos: C-007 del 16 de febrero de 2021, C-138 del 7 de abril de 2021, C-164 del 14 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-181 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-100 del 3 de mayo de 2021, C-195 del 4 de mayo de 2021 y C-198 del 5 de mayo de 2021, también disponibles en la plataforma de relatoría de esta Agencia. [↑](#footnote-ref-22)
22. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5°.De la selección objetiva.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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

       »1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

       »2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

      »En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

      »a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

       »b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

       »3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

       »4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

       »En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

       »Parágrafo 1°.La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

    »Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

       »Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

    »Parágrafo 3°. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

    »Parágrafo 4°.En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

       »Parágrafo 5°. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares». [↑](#footnote-ref-23)
23. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, Tercera edición, Legis Editores, 2016, Bogotá, pág. 355. [↑](#footnote-ref-24)
24. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio F. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Primera edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2016, págs. 110-111. [↑](#footnote-ref-25)
25. EXPÓSITO VELEZ, Juan C., El deber de selección objetiva, en: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas, por COVILLA MARTINEZ Juan C. y LOZANO VILLEGAS Germán (Eds.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, págs. 118-184. [↑](#footnote-ref-26)
26. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-27)
27. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

       »En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

       »1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

       »2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

       »3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

       »4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

       »La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

       »La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido».  [↑](#footnote-ref-28)
28. Según este principio, «[…] en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable […]» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004. M.P. (E). Rodrigo Uprimny Yepes). [↑](#footnote-ref-29)