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 ­­– Artículo 30 - Mínima cuantía ­– 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. 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».

–, 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.

**MÍNIMA CUANTÍA – Procedimiento ­– Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.5.2 - Vigencia**

[…] continúa vigente el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Aunque el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento subroga el contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ambas disposiciones son de aplicación directa. Adicionalmente, pese a que la Ley de Emprendimiento permite las convocatorias limitadas a la mypimes en la mínima cuantía, el desarrollo reglamentario de este tema hace parte del artículo 34 *ibídem*. En esta medida, pese a la sustitución formal del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, se observa que materialmente no existe una derogación de la mínima cuantía ni una modificación sustancial que incida en el procedimiento, por lo que no desaparece el fundamento jurídico de la norma reglamentaria que lo desarrolla.

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

No obstante, es necesario introducir un matiz en la conclusión precedente, ya que el factor de desempate previsto en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 han perdido vigencia con la expedición del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para la mínima cuantía. En efecto, si bien el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación […], las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a los «[…] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales […]», sin distinguir entre modalidades de selección.

****

Bogotá, 23 Abril 2021

Doctora

**Luz Stella Restrepo Henao**

Subdirectora Administrativa y Financiera

Fondo de Previsión Social del Congreso de la República

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 166 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / INTERVENCIÓN DEL REGLAMENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 30 - Mínima cuantía – Aplicación directa / MÍNIMA CUANTÍA – Procedimiento – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.5.2 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Mínima cuantía – Ley 2069 de 2020 – Factores de desempate – Aplicación – Puntaje |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210309001953 |

Estimada Doctora Restrepo:

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 9 de marzo de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«[…] 1. Se debe entender que, según lo dispuesto los artículos 30 y 84 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 quedó derogado, perdiendo fuerza ejecutoria el procedimiento de la mínima cuantía y por ende el criterio de desempate para esta modalidad, esto es, la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo, dispuesto en el numeral 7 de esta norma?

2. Por otra parte, si el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que define nuevos criterios de desempate, no requiere reglamentación y su aplicación tiene efectos inmediatos, cuál sería entonces el criterio de desempate a tener en cuenta en los procesos de selección de mínima cuantía, ante la falta de disposición expresa, toda vez que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, conserva el mismo criterio de selección del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, es decir, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas, sin embargo el referido artículo 35, al definir los criterios de desempate señala "En caso de empate en el puntaie total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos..", en clara referencia a procesos cuya selección se define por puntaje, lo cual no aplicaría a la mínima cuantía, dado que en ésta, como lo señala la norma, la selección se define por el menor precio y no por puntaje?» [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) eficacia directa del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020: regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015; y iv) aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 al procedimiento de mínima cuantía: derogatoria y decaimiento del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre la vigencia en la Ley 2069 de 2020 en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016 y C-026, del 4 de febrero de 2020, C-005 del 16 de febrero, C-028 y C-029 del 23 de febrero de 2020. Este tema también fue estudiado en el concepto C-043 del 9 de febrero de 2020, en el que se estudió, particularmente, la vigencia del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Po otro lado, en los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021 y C-144 del 07 de abril de 2021 se estudió la modalidad de selección de mínima cuantía, en relación con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Asimismo, en los conceptos C-007 del 16 de febrero de 2021, C-101 del 24 de marzo de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, la Agencia se pronunció sobre la derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 sobre el factor de desempate previsto en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 para los procesos de mínima cuantía. Las tesis expuestas en 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 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 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[[1]](#footnote-2), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[2]](#footnote-3). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[3]](#footnote-4), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[4]](#footnote-5) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[5]](#footnote-6).

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

 Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación, iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional, v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana, así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas[[7]](#footnote-8).

Además, como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes 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: la conclusión no es la misma frente a todos los artículos**

En la Ley 2069 de 2020 la exigencia de reglamentación como condición de eficacia de su articulado es diversa, o sea, no es similar frente a todos sus enunciados normativos. 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[[8]](#footnote-9). 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[[9]](#footnote-10). 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)[[10]](#footnote-11).

 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[[11]](#footnote-12). 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[[12]](#footnote-13).

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)[[13]](#footnote-14).

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. 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[[14]](#footnote-15).

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 […]»[[15]](#footnote-16). 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»[[16]](#footnote-17).

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. Eficacia directa del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020****: regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015**

El artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modifica el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. En esta modalidad de selección, la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados «contratos sin formalidades plenas»[[17]](#footnote-18).

 En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los aspectos generales del procedimiento contractual[[18]](#footnote-19). No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones *a Mipymes* o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto).

 Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a mipymes la mínima cuantía, especialmente, cuando el artículo 94 la Ley 1474 de 2011 disponía que no era aplicable la Ley 816 de 2003, «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», ni el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la promoción del desarrollo en la contratación pública. A partir de la expedición del artículo 30, parágrafo 2, de la Ley 2069 de 2020, «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003». Es decir, al no prohibir la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la norma –además de reiterar la importancia de su reglamentación posterior– permite las convocatorias limitadas a mipymes en esta modalidad de selección.

 Como se observa, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén». No obstante, ¿es necesario el desarrollo normativo para la vigencia de la mínima cuantía? En principio, la respuesta positiva a esta inquietud se fundamentaría en la necesidad de que el reglamento precise los detalles del procedimiento de selección.

 La Subdirección de Gestión Contractual no comparte esta tesis, porque si la ley define los aspectos generales del procedimiento, estos vinculan directamente a las entidades estatales. En efecto, «[…] el propósito del legislador fue delimitar sólo los principios que rigen la contratación pública, con el fin de orientar la gestión contractual. A diferencia de una ley general o de una ley marco, la técnica legislativa de los principios no busca un desarrollo ulterior a través del reglamento, sino unas bases para la actuación inmediata, sin que sea necesaria la intermediación del desarrollo reglamentario […]»[[19]](#footnote-20).

 Por tanto, dado que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 regula aspectos de la mínima cuantía como i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros, los cuales tienen una aplicación inmediata sin que el reglamento condicione su vigencia. En otras palabras, la mínima cuantía es directamente aplicable, sin perjuicio de que a través del ejercicio de la potestad reglamentaria se desarrolle específicamente la «Singularidad, especialidad e individualidad» del trámite, así como realización estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén». A partir de lo anterior, puede afirmarse que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó el contenido del numeral 5, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

 Para efectos de la consulta, es necesario precisar si con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 está vigente el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, que regula el procedimiento de la mínima cuantía en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. En otras palabras, ¿la modificación de la Ley de Emprendimiento en la mínima cuantía supone la desaparición del fundamento jurídico del artículo reglamentario previamente citado?

 En principio, dado que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 fue subrogado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, podría concluirse la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, conforme al artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011[[20]](#footnote-21). Esta conclusión podría sustentarse en dos (2) argumentos. *Por un lado*, en que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en el parágrafo primero, contiene un nuevo mandato de reglamentación que debe cumplirse en el futuro. Esto significa que sería voluntad del legislador ordenarle al gobierno nacional que expidiera una nueva reglamentación en la que –además de regular la adquisición a mipymes– disponga las particularidades del procedimiento contractual. Entonces, ese mandato, que debería cumplirse en el futuro, mal podría entenderse satisfecho con normas reglamentarias del pasado, como son las del Decreto 1082 de 2015. *Por otra parte*, los parágrafos 2 y 3 del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 fueron modificados por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, en lo que respecta a la posibilidad de contratar con mipymes y de aplicar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Tales cambios exigen una reglamentación distinta del mandato legal, aunque esto no obsta para la aplicación inmediata del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

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

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

 Aplicando analógicamente este razonamiento a la mínima cuantía, debería concluirse que, como el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 reglamentaba el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es necesaria una nueva reglamentación del parágrafo primero que defina las particularidades del procedimiento de selección. Esto en la medida que la norma citada del decreto reglamentario perdería su fundamento jurídico por la sustitución del contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

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

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales *indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos,* adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés *de por lo menos dos (2) Mipyme*.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes*, cuando sean aplicables*.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación[[21]](#footnote-22). (Énfasis fuera de texto)

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

 Además de que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento no es una norma de aplicación directa, contempla supuestos que no están previstos en el Decreto 1082 de 2015. Particularmente, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, las convocatorias limitadas únicamente son obligatorias en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, siempre que la entidad contratante reciba solicitudes de limitación de por lo menos tres (3) mipyme nacionales. Frente a este escenario, surge la necesidad de expedir una nueva reglamentación para las convocatorias limitadas que desarrolle los nuevos elementos previstos en la ley.

 Por el contrario, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 es directamente aplicable, pues –a diferencia de que sucedió en su momento con la selección abreviada– la mínima cuantía no requiere desarrollo reglamentario posterior para su vigencia. Aunque el parágrafo primero habilita el ejercicio de la potestad dispuesta en el artículo 189.11 superior, el grueso del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es compatible con la norma vigente. Lo anterior considerando que, conforme a los parágrafos del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, el cambio consiste en la posibilidad de limitar a mypimes el procedimiento de selección. Esta materia corresponde al desarrollo reglamentario del artículo 34 *ibídem*, ya que –fuera del reducido margen de aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015– las convocatorias limitadas son posibles en «[…] las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos […]», sin distinguir entre procesos de contratación.

 Por tanto, las diferencias entre el alcance de la mínima cuantía y de las convocatorias limitadas, impide aplicar por analogía las consideraciones realizadas por la Agencia a partir del Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020 al artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. En este caso no es posible sostener que la sustitución del contenido del numeral 5, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 genera el decaimiento de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, obligando a la expedición de un nuevo reglamento que detalle el procedimiento de selección. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien existe un cambio formal en el fundamento jurídico, la doctrina considera que el decaimiento se produce –entre otras causas– por la «[…] derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia […]»[[22]](#footnote-23).

 El decaimiento afecta los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la subrogación del artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, el cual regulaba las convocatorias limitadas a mipymes. En este caso, desaparece el fundamento jurídico de las normas citadas del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, ya que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento introduce modificaciones sustanciales a la materia como se explicó *ut supra*, por lo que es necesario que un nuevo reglamento defina las reglas de las convocatorias limitadas como una condición para su exigibilidad en los procedimientos contractuales.

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

 Para permitir la adquisición a mipymes y la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la Ley de Emprendimiento pudo modificar únicamente los parágrafos 1 y 2 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. Pese a que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 optó por sustituir integralmente la regulación anterior, se observa que materialmente no existe una derogación de la mínima cuantía ni una modificación sustancial que incida en el procedimiento, por lo que no desaparece el fundamento jurídico de las normas reglamentarias que lo desarrollan. En esta medida, sin perjuicio de lo que se explicará en el apartado siguiente sobre el decaimiento del factor de desempate previsto en el numeral 7, sigue vigente el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

**2.4.** **Aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 al procedimiento de mínima cuantía: derogatoria y decaimiento del** **numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015**

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 está vigente este numeral, 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 Emprendimiento*,* no 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 mismos argumentos son predicables del factor de desempate del procedimiento de mínima cuantía, consagrado en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2, precisando que respecto de este se presenta tanto la derogación como decaimiento. Sobre el particular, a partir del Concepto C-007 del 16 de febrero de 2021, la Agencia ha sostenido que:

[…] una interpretación exegética del parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento desconocería la aplicación de normas transversales al sistema de compras y contratación pública, tales como la capacidad de los consorcios y las uniones temporales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los requisitos para ejercer las potestades exorbitantes o los principios de la contratación estatal –arts. 6, 8, 14.2 y 23 de la Ley 80 de 1993, respectivamente–. Llevada al extremo, la idea de que el procedimiento de mínima cuantía solo se regula por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y su correspondiente reglamentación genera consecuencias absurdas, pues daría a entender que el reglamento podría llegar a modificar aspectos elevados a rango de ley, como lo son los criterios de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

[…]

Tratándose de los factores de desempate, la intención del legislador es que el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento sea una norma transversal al sistema de compras y contratación pública. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, la ley «[…] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, […] y *define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento*» (Énfasis fuera de texto). En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía, cuando la regla revista en el artículo citado obliga a todas las entidades exceptuadas sin consideración al valor del presupuesto oficial estimado. Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección[[23]](#footnote-24).

 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 al procedimiento 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 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que, con excepción del numeral citado, es posible adelantar procesos de selección de mínima cuantía con el procedimiento del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, para lo cual –en caso de empate– debe aplicarse el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

 Ahora bien, la consulta propone otra lectura del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a la modalidad de mínima cuantía. Esta hipótesis consiste en que, dado que la norma hace referencia al «[…] empate en el puntaje total de dos o más ofertas […]», esta no sería aplicable al procedimiento de mínima cuantía, considerando que –conforme al literal c) del artículo 2­.5 de la Ley 1150 de 2007– debe escogerse la oferta con el menor precio. Dado que el artículo 35 no es aplicable a la modalidad de selección de mínima cuantía, el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 no estaría derogado, pues al tener distinto ámbito de aplicación, no existe antinomia entre las mismas.

 No obstante, esta interpretación no corresponde con la finalidad transversal de la misma. Esto en la medida 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 […]»[[24]](#footnote-25). Tal 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 se refiere a 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. Esto comoquiera que estos, no se refieren a la oferta misma sino la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[25]](#footnote-26). 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»[[26]](#footnote-27). 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»[[27]](#footnote-28). 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[[28]](#footnote-29).

 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 […]»[[29]](#footnote-30).

 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 de la misma 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*[[30]](#footnote-31).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 procedimiento de mínima cuantía, por lo que el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 ha perdido vigencia.

**3. Respuestas**

«[…] 1. Se debe entender que, según lo dispuesto los artículos 30 y 84 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 quedó derogado, perdiendo fuerza ejecutoria el procedimiento de la mínima cuantía y por ende el criterio de desempate para esta modalidad, esto es, la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo, dispuesto en el numeral 7 de esta norma?

2. Por otra parte, si el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que define nuevos criterios de desempate, no requiere reglamentación y su aplicación tiene efectos inmediatos, cuál sería entonces el criterio de desempate a tener en cuenta en los procesos de selección de mínima cuantía, ante la falta de disposición expresa, toda vez que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, conserva el mismo criterio de selección del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, es decir, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas, sin embargo el referido artículo 35, al definir los criterios de desempate señala "En caso de empate en el puntaie total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos..", en clara referencia a procesos cuya selección se define por puntaje, lo cual no aplicaría a la mínima cuantía, dado que en ésta, como lo señala la norma, la selección se define por el menor precio y no por puntaje?» [sic].

Conforme a lo explicado en la parte considerativa, continúa vigente el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Aunque el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento subroga el contenido del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ambas disposiciones son de aplicación directa. Adicionalmente, pese a que la Ley de Emprendimiento permite las convocatorias limitadas a la mypimes en la mínima cuantía, el desarrollo reglamentario de este tema hace parte del artículo 34 *ibídem*. En esta medida, pese a la sustitución formal del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, se observa que materialmente no existe una derogación de la mínima cuantía ni una modificación sustancial que incida en el procedimiento, por lo que no desaparece el fundamento jurídico de la norma reglamentaria que lo desarrolla.

 No obstante, es necesario introducir un matiz en la conclusión precedente, ya que el factor de desempate previsto en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 han perdido vigencia con la expedición del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias».

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

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para la mínima cuantía. En efecto, si bien el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación […], las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a los «[…] los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales […]», sin distinguir entre modalidades de selección.

Adicionalmente, esta norma debe 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento son aplicables al procedimiento de mínima cuantía, por lo que se presenta tanto la derogación como el decaimiento de los previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección. De esta manera, a excepción del numeral 7, el artículo 2.2.1.2.1.5.2 continúa vigente bajo el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento.

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. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-6)
6. Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>). [↑](#footnote-ref-7)
7. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13. [↑](#footnote-ref-8)
8. El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes». [↑](#footnote-ref-9)
9. No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[…] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo*» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-10)
10. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[…] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.» (*Ibidem*). [↑](#footnote-ref-11)
11. El parágrafo 2 de la norma citada disponía que «El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». No obstante, conforme al comunicado de prensa del 25 de febrero de 2021, la norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional. Para estos efectos, «[…] la Corte consideró inexequible la atribución de facultades reglamentarias para el propósito de señalar cómo y a quién se va a ceder el contrato, pues tales asuntos deben ser definidos directamente por la ley […]». Por lo demás, «[…] Aclaró que la potestad reglamentaria opera solamente después de esta determinación legislativa» (Cfr. <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexequibilidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf>). [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. pp. 3-4. [↑](#footnote-ref-15)
15. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. [↑](#footnote-ref-16)
16. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-17)
17. Al respecto, la jurisprudencia explica que «[…] los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues […] el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 […]; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-18)
18. Ambas normas disponen lo siguiente: «5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

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

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

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

»d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal». [↑](#footnote-ref-19)
19. BENAVIDES, José Luis. La potestad reglamentaria en la contratación pública. En: Contratos públicos: Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 174. [↑](#footnote-ref-20)
20. Esta norma dispone que los actos administrativos no pueden ejecutarse «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». [↑](#footnote-ref-21)
21. En los demás incisos, ambas normas tienen una redacción similar cuando prescriben que: «De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

»Parágrafo 1°. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

»Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

»Parágrafo 3°. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen. [↑](#footnote-ref-22)
22. Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 252. Lo anterior, con apoyo de CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 1° de agosto de 1991. Rad. 949. C.P. Miguel González Rodríguez. [↑](#footnote-ref-23)
23. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-007 del 16 de febrero de 2021. [↑](#footnote-ref-24)
24. 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-25)
25. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, Tercera edición, Legis Editores, 2016, Bogotá, pág. 355. [↑](#footnote-ref-26)
26. 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-27)
27. 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-28)
28. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-29)
29. 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-30)
30. 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-31)