**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación – Diferencias**

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Proceso competitivo**

por disposición del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, las entidades estatales deberán adelantar procesos competitivos cuando en el marco de planeación se evidencie que el programa o actividad que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL. Para tales casos el referido artículo establece que, en el desarrollo de los respectivos procedimientos, la entidad estatal deberá garantizar las siguientes fases: «(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto».

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva**

En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse». La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en el artículo 5 *Ibídem* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

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

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Ámbito de aplicación**

las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a 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 […]». De este modo, 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 que extiende su aplicación a los procesos de selección de las entidades independientemente de su régimen de contratación, 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.

**FACTORES DE DESEMPATE – Artículo 35 – Procesos competitivos ESAL**

la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes actores de la contratación pública quienes –indistintamente del régimen contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma. Este artículo obliga a todas las entidades estatales a aplicar los factores de desempate allí previstos en los procesos de selección independientemente de su régimen de contratación. Por ello, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, es aplicable a los procedimientos competitivos del Decreto 092 de 2017, en la medida en que su ámbito de aplicación cobija también los procesos adelantados bajo este régimen especial.

**FACTORES DE DESEMPATE– Decreto 092 de 2017 – Artículo 8**

El alcance del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, propiciando una aplicación normativa coherente que satisfaga la finalidad transversal de la norma. […] La disposición anteriormente citada permite acudir a las normas generales de la contratación pública, siempre que se encuentren lagunas normativas. En relación con los factores de desempate, es preciso señalar que el Decreto 092 de 2017 no establece una norma específica referente a dichos factores por lo que –frente al vacío normativo– es necesario acudir a las normas generales aplicables a la contratación pública, haciendo que los criterios de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se integren a las disposiciones del Decreto 092 y sean obligatorios en los procesos competitivos allí regulados.

**COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES MUTUALES – Ley 2069 – Artículo 35 – ESAL**

[…] se destaca que las cooperativas y asociaciones mutuales son sujetos regulados por la Ley 2069 de 2020, cuyos artículos 20, 21 y 22 regulan aspectos relativos a su naturaleza jurídica y constitución. Asimismo, el artículo 23 dispone su asimilación a empresas y su clasificación como mipymes a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, disposición que tiene el efecto práctico de permitir a tales entidades que –conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– participen en procesos de selección limitados a mipymes. Dichos tipos de entidades solidarias, a su vez son considerados por el artículo 35, en el que se desarrollan varios factores de desempate que instan a preferir ofertas presentadas por asociaciones mutuales y cooperativas o proponentes plurales conformados por estas.

Bogotá D.C., **05/01/2022 14:10:29**

****

Señora

**Steffany Paola Wilches Plata**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 689 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación – Diferencias / CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Proceso competitivo / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Ámbito de aplicación / FACTORES DE DESEMPATE – Artículo 35 – Procesos competitivos ESAL / FACTORES DE DESEMPATE– Decreto 092 de 2017 – Artículo 8 / COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES MUTUALES – Ley 2069 – Artículo 35 – ESAL |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211124010899 |

Estimada señora Wilches:

En ejercicio de la competencia o torgada 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 noviembre de 2021.

1. **Problemas planteados**

En relación con los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2069 de 2020, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Le son aplicables a los procesos de contratación del Decreto 092 de 2017 los criterios de desempate de la Ley 2069 de 2020?», ii) «¿Le son aplicables la integralidad de criterios regulados en dicha Ley?» y iii) «¿Cómo le aplicarían los numerales de la ley que se refieren, por ejemplo, a MiPymes?».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, se analizarán los siguientes temas: i) contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ii) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, iii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iv) aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017 y v) forma de aplicación de los criterios de desempate y en particular de los factores referentes a Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente 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, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, entre otros[[1]](#footnote-2).

Por lo demás, sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, esta Agencia se pronunció en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 del 8 de febrero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021 y C-280 del 15 de junio de 2021. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se reiteran a continuación:

**2.1. Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[2]](#footnote-3). Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas[[3]](#footnote-4). Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[4]](#footnote-5).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

Ahora bien, por disposición del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, las entidades estatales deberán adelantar procesos competitivos cuando en el marco de planeación se evidencie que el programa o actividad que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL. Para tales casos el referido artículo establece que, en el desarrollo de los respectivos procedimientos, la entidad estatal deberá garantizar las siguientes fases: «(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto».

En la primera fase o de *convocatoria,* la norma establece que las entidades deberán definir los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, manejo de riesgo y los criterios de ponderación de las ofertas, no obstante «tales indicadores deben haberse *definido* o identificado en la etapa de planeación, mientras que lo que se hace esta etapa es publicarlos, llamando la atención a participar en la competencia a las EPSAL interesadas y que los cumplan»[[5]](#footnote-6). En la segunda fase o *Plazo para la presentación de ofertas,* la norma se limita a establecer que la entidad deberá definir un plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y demás documentación requerida en el marco del procedimiento. La definición de este plazo deberá hacerse en la convocatoria. La tercera fase o de *evaluación de ofertas* deberá cumplirse una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas, de acuerdo a los métodos de ponderación y plazo definidos en la convocatoria.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[6]](#footnote-7). En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo que haya una ESAL que comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Estos pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[7]](#footnote-8). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que la ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[8]](#footnote-9).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en el artículo 5 *Ibídem* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, pues goza de discrecionalidad administrativa para diseñar el procedimiento que garantice la selección objetiva de la ESAL.

Ahora bien, frente a la regulación sumaria de los contratos del artículo 355 de la Constitución y los convenios de asociación, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 disponen lo siguiente:

Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]

Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto.

Estas normas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la competencia para celebrar los contratos del artículo 355 de la Constitución y la indelegabilidad de la autorización –art. 2–, la idoneidad de las ESAL –art. 3–, su registro en el SECOP –art. 9– y la inaplicación del registro único de proponentes –art. 10–.

Sobre la interpretación de estos artículos del Decreto 092 de 2017, esta Agencia en el Concepto C-223 del 29 de abril de 2020 señaló que cuando el artículo 8 menciona a las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», bien podrían referirse a las disposiciones comunes del Estatuto General –*remisión parcial latu sensu*– o a la totalidad de la Ley 80 de 1993 –*remisión integral*–. En esta medida, determinar el alcance de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 requiere considerar que no hay lugar a distinguir entre normas de carácter general o especial dentro del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, ya que de la competencia dispuesta en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política se desprende que todas estas disposiciones regulan con el mismo grado de generalidad la actividad contractual del Estado.

Por ello, considerando que la Ley 80 de 1993 tiene el mismo grado de generalidad, se concluyó que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 remite integralmente al Estatuto de Contratación. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

En esta medida, los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación* se rigen por el decreto y las normas del Estatuto General que sean compatibles con él, como, por ejemplo, los fines de la contratación –art. 3–, los derechos y deberes del contratante y del contratista –arts. 4 y 5–, los consorcios o uniones temporales –art. 7–, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades –art. 8–, los principios de la contratación estatal –art. 23 y ss.–, las tipologías contractuales –art. 32–, el contenido del contrato y la prohibición de adicionarlo en más del cincuenta por ciento –art. 40–, el régimen de perfeccionamiento –art. 41–, las causales de nulidad –art. 44 y ss.–, el régimen de responsabilidad contractual –art. 50 y ss.– y de liquidación de los contratos –art. 60–. Bajo este contexto, a continuación se analizará si la norma referente a los factores de desempate en la contratación estatal se aplica a los procesos competitivos regulados por el Decreto 092 de 2017.

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

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

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[9]](#footnote-10).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[10]](#footnote-11). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-12).

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

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

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[12]](#footnote-13), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[13]](#footnote-14). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[14]](#footnote-15), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[15]](#footnote-16) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[16]](#footnote-17).

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. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con el artículo 35 de la referida ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.4. Aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. De esta manera, hasta la promulgación de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[17]](#footnote-18). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado[[18]](#footnote-19).

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente, es necesario hacer referencia al objeto de la consulta. Al respecto, se indaga en torno a la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 a los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017. Para resolver esta inquietud es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, así como lo señalado en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, sobre la remisión de las normas generales del sistema de contratación pública

En efecto, las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a 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 […]». De este modo, 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 que extiende su aplicación a los procesos de selección de las entidades independientemente de su régimen de contratación, 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.

Respecto de los procesos de contratación en el que son aplicables los factores de selección del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, se advierte que en el texto del mismo no se hace referencia a ningún procedimiento en específico. Por el contrario, el deber de aplicar los aludidos factores de desempate es el establecido de manera general, para resolver las circunstancias de empate que se presenten en los procesos de contratación adelantados por las entidades públicas, sin consideración a su régimen de contratación, así como en los procesos de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. Esto significa que los factores de desempate establecidos por el artículo 35 *ejusdem* deben aplicarse no solo en los procesos competitivos regulados por el EGCAP, sino también en aquellos adelantados por las entidades estatales, o patrimonios autónomos constituidos por estas, en los procesos adelantados en el marco de los regímenes exceptuados en los que prevalece la aplicación del derecho privado o de los regímenes especiales, como lo es el establecido en el Decreto 092 de 2017 en relación con las ESAL.

Conforme a lo anterior, la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes actores de la contratación pública quienes –indistintamente del régimen contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma. Este artículo obliga a todas las entidades estatales a aplicar los factores de desempate allí previstos en los procesos de selección independientemente de su régimen de contratación. Por ello, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, es aplicable a los procedimientos competitivos del Decreto 092 de 2017, en la medida en que su ámbito de aplicación cobija también los procesos adelantados bajo este régimen especial.

El alcance del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, propiciando una aplicación normativa coherente que satisfaga la finalidad transversal de la norma. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, dispone que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto», norma aplicable a los procesos competitivos de los artículos 4 y 5 del mismo reglamento.

La disposición anteriormente citada permite acudir a las normas generales de la contratación pública, siempre que se encuentren lagunas normativas. En relación con los factores de desempate, es preciso señalar que el Decreto 092 de 2017 no establece una norma específica referente a dichos factores por lo que –frente al vacío normativo– es necesario acudir a las normas generales aplicables a la contratación pública, haciendo que los criterios de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se integren a las disposiciones del Decreto 092 y sean obligatorios en los procesos competitivos allí regulados.

En efecto, como se expuso en el considerando 2.1, el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece tres fases para adelantar procesos competitivos cuando en el marco de planeación se evidencie que el programa o actividad que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL. Estas fases comprenden aspectos concretos del proceso competitivo como son la definición de indicadores de idoneidad, experiencia, manejo del riesgo, criterios de ponderación para comparar ofertas, el plazo para que se acredite la idoneidad y evaluación de las ofertas. Como se evidencia, la norma no determinó la definición de factores de desempate para estos procesos. Sin embargo, esto no significa que no sea necesaria su aplicación pues al tratarse de un proceso de selección se pueden presentan circunstancias de empate una vez aplicados los criterios de ponderación. De esta manera, la entidad no puede prescindir de incluir factores de desempate en estos procesos competitivos, pues dichos criterios permiten garantizar la materialización del principio de selección objetiva.

En esta medida, estos criterios no pueden obedecer a consideraciones subjetivas y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección, por lo que debe acudirse a los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. Por ello, en aplicación del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, los factores determinados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 hacen parte de las normas que se integran al artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Así, estos criterios de desempate se incorporan al contenido mínimo del proceso competitivo y resultan de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas.

Igual conclusión se predica respecto de los procesos competitivos regulados en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 en relación con los convenios de asociación. En efecto, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública. Esto significa que, aunque las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, esta discrecionalidad no es contraria a la existencia de algunos elementos reglados en las actuaciones administrativas, como sucede con los factores de desempate necesarios para garantizar la selección objetiva.

En consecuencia, se concluye que las entidades deben aplicar los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pues se trata de un aspecto reglado que –frente al vacío en la materia– se integra a los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017 por medio de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a las normas generales aplicables a la contratación pública. Además, el artículo 35 dispone expresamente que dichos factores deben aplicarse en los procesos de selección independientemente de su régimen contractual, lo que incluye el régimen establecido en el Decreto 092 de 2017 en relación con las ESAL.

**2.5. Forma de aplicación de los criterios de desempate y en particular de los factores referentes a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales**

En la consulta también se indaga en torno a la aplicación de la totalidad de criterios regulados en el artículo 35 de la Ley de 2069 de 2020 a los procesos del Decreto 092 de 2017 y en concreto, respecto de aquellos criterios referente a mipymes. Al respecto, conforme a este artículo los factores de desempate deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes. Así, en caso de empate entre varias ofertas, el primer criterio que debe aplicar la entidad estatal corresponde a «preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros», si persiste la paridad, se continuará con los siguientes criterios y así sucesivamente.

De este modo, la entidad contratante debe seguir las reglas de desempate de forma sucesiva, analizando en cada numeral el cumplimiento de los supuestos contemplados, de manera que, en caso de no cumplirse los presupuestos señalados en un determinado criterio, deberá continuar con la aplicación del siguiente. En tal sentido, para efectos de los procesos competitivos regulados en los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017, corresponde a la entidad estatal aplicar de forma sucesiva y excluyente los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, revisando en cada caso el cumplimiento de los supuestos de hecho contemplados en cada criterio de desempate.

Ahora bien, los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se refieren a las mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. Para determinar los efectos de tales disposiciones es necesario precisar, de manera preliminar, los conceptos de estas modalidades asociativas cuya naturaleza jurídica corresponde a entidades sin ánimo de lucro.

Las asociaciones mutuales, según el artículo 2 del Decreto 1480 de 1989, «[…] son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social». Dicha norma, que define la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales, fue modificada por el artículo 21 de la Ley 2069 de 2020, el cual conservó gran parte de la anterior definición, pero adicionando a los servicios de seguridad social la prestación de servicios relacionados con «[…] seguridad alimentaria, producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados»[[19]](#footnote-20). Este tipo de asociaciones, en principio, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1480 de 1989 debían ser constituidas mediante documento privado suscrito por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales, sin embargo, dicho umbral también fue modificado por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020, el cual disminuyó el requerimiento a un mínimo a diez (10) personas[[20]](#footnote-21).

 Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 establece que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general». El artículo 14 de la Ley 79 de 1988 establece que las cooperativas deben ser constituidas en asamblea en la que se aprueben sus estatutos, se conformen los órganos de administración y se levante acta suscrita por un mínimo de veinte (20) fundadores[[21]](#footnote-22). No obstante, de manera análoga a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020 respecto de las asociaciones mutuales, el artículo 22 de dicha norma modifica el mínimo de socios fundadores reduciéndolo a tres (3), disponiendo además algunas medidas dirigidas a regular la concentración de la participación en las cooperativas con menos de diez (10) socios[[22]](#footnote-23).

Es necesario destacar que, al margen de lo regulado por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1480 de 1989, tanto las asociaciones mutuales como las cooperativas tienen la calidad de empresas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998[[23]](#footnote-24). El artículo 2 de la Ley 454 de 1998, define la economía solidaria como el «sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía».

 Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las asociaciones mutuales, cooperativas y las demás entidades de economía solidaria a empresas, disponiendo además que estas deberán ser clasificadas como mipymes de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial[[24]](#footnote-25). El principal efecto de esta norma es que, a las cooperativas y las asociaciones mutuales, al ser consideradas como mipymes, les son aplicables las disposiciones alusivas a estas contenidas en la Ley 2069 de 2020.

 Es necesario mencionar que la asimilación dispuesta por el artículo 23 *ejusdem,* no implica una alteración sustantiva de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y las cooperativas y las empresas de economía solidaria, concebidas por la ley como entidades sin ánimo de lucro, toda vez que tal asimilación es circunscrita a la aplicación de las materias reguladas por la Ley 2069 de 2020. En ese sentido, el mandato de considerar este tipo de entidades como empresas y clasificarlas como mipymes, es una acción tendiente a vincularlas como proveedoras del mercado de compra públicas dentro del ámbito de explotación económica que la ley les ha concedido a estas entidades del sector solidario, el cual ha sido ampliado por la Ley 2069 de 2020.

 En lo que respecta a los factores de desempate, las asociaciones mutuales y cooperativas están referidas en los supuestos de hecho de los numerales 8, 9 y 10, junto con las mipymes. El numeral 8 dispone preferir la oferta presentada por una mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales, e incluso de las presentadas por un proponente plural conformado por este tipo de entidades. Por su parte, el numeral 9 dispone el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, distinguiéndose del numeral 8 por su referencia exclusiva a proponentes plurales, así como por la exclusión de empresas categorizadas como medianas de acuerdo con el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015.

El factor de desempate establecido en el numeral 10 del artículo 35 *Ibídem* contiene dos supuestos de hecho alternativos cuya acreditación insta a preferir la oferta presentada por el respectivo proponente. El primero de ellos requiere que el proponente acredite de acuerdo con sus estados financieros, que por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de los pagos realizados por concepto de proveeduría del proponente, se hayan realizado a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. El segundo supuesto de hecho indica que debe preferirse la oferta presentada por un proponente plural que reúna las siguientes condiciones: a) estar conformado por al menos una mipyme, cooperativa o asociación mutual con al menos un veinticinco por ciento de participación; b) la mipyme, cooperativa o asociación mutual aporte como mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia (25%); y c) que ni la mipyme, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

Nótese que los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 hacen referencia expresa a mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, factores de desempate que se acreditarán en las condiciones dispuestas por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015. En este contexto, se destaca que las cooperativas y asociaciones mutuales son sujetos regulados por la Ley 2069 de 2020, cuyos artículos 20, 21 y 22 regulan aspectos relativos a su naturaleza jurídica y constitución. Asimismo, el artículo 23 dispone su asimilación a empresas y su clasificación como mipymes a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, disposición que tiene el efecto práctico de permitir a tales entidades que –conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– participen en procesos de selección limitados a mipymes. Dichos tipos de entidades solidarias, a su vez son considerados por el artículo 35, en el que se desarrollan varios factores de desempate que instan a preferir ofertas presentadas por asociaciones mutuales y cooperativas o proponentes plurales conformados por estas.

En este contexto, para efectos de los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se aplican a las entidades sin ánimo de lucro constituidas como asociaciones mutuales o cooperativas, siempre que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas.

**3. Respuesta**

i) «¿Le son aplicables a los procesos de contratación del Decreto 092 de 2017 los criterios de desempate de la Ley 2069 de 2020?».

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, no solo dispone unos nuevos criterios de desempate para los procesos de contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, sino que extiende su aplicación a los procesos de selección 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 patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. Este artículo obliga a todas las entidades estatales a aplicar los factores de desempate allí previstos en los procesos de selección independientemente de su régimen de contratación. Por ello, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable a los procedimientos competitivos del Decreto 092 de 2017, en la medida en que su ámbito de aplicación cobija también los procesos adelantados bajo este régimen especial.

El alcance del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, propiciando una aplicación normativa coherente que satisfaga la finalidad transversal de la norma. Conforme al artículo 8 del Decreto 092 de 2017 «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». La disposición citada permite acudir a las normas generales de la contratación pública, siempre que se encuentren lagunas normativas. En relación con los factores de desempate, es preciso señalar que el Decreto 092 de 2017 no establece una norma específica referente a dichos factores por lo que –frente al vacío normativo– es necesario acudir a las normas generales aplicables a la contratación pública, haciendo que los criterios de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se integren a las disposiciones del Decreto 092 y sean obligatorios en los procesos competitivos allí regulados. Así, estos criterios de desempate se incorporan al contenido mínimo de los procesos competitivos de los artículos 4 y 5 del Decreto 092 del 2017 y resultan de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas.

ii) «¿Le son aplicables la integralidad de criterios regulados en dicha Ley?».

Conforme al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 los factores de desempate deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes. Así, en caso de empate entre varias ofertas, el primer criterio que tiene que aplicar la entidad estatal corresponde a «preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros», si persiste la paridad, se continuará con los siguientes criterios y así sucesivamente.

De este modo, la entidad contratante debe seguir las reglas de desempate de forma sucesiva, analizando en cada numeral el cumplimiento de los supuestos contemplados, de manera que, en caso de no cumplirse los presupuestos señalados en un determinado criterio, deberá continuar con la aplicación del siguiente. En tal sentido, para efectos de los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, corresponde a la entidad aplicar de forma sucesiva y excluyente los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, revisando en cada caso el cumplimiento de los supuestos de hecho contemplados en cada criterio de desempate.

iii) «¿Cómo le aplicarían los numerales de la ley que se refieren, por ejemplo, a MiPymes?».

Los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se refieren a las mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. Al respecto, se precisa que las cooperativas y asociaciones mutuales son sujetos regulados por la Ley 2069 de 2020, cuyos artículos 20, 21 y 22 regulan aspectos relativos a su naturaleza jurídica y constitución. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1480 de 1989, modificado por el artículo 21 de la Ley 2069 de 2020, las asociaciones mutuales «[…] son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social». Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 establece que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general».

El artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las asociaciones mutuales, cooperativas y las demás entidades de economía solidaria a empresas, disponiendo además que estas deberán ser clasificadas como mipymes de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial. El principal efecto de esta norma es que, a las cooperativas y las asociaciones mutuales, al ser consideradas como mipymes, les son aplicables las disposiciones alusivas a estas contenidas en la Ley 2069 de 2020. El parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 complementa esta noción al señalar que los factores de desempate regulados en dicho artículo deben aplicarse también a las cooperativas y asociaciones mutuales, bajo la condición de que cumplan los criterios de clasificación empresarial previstos en el Decreto 957 de 2019.

En este contexto, para efectos de los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se aplican a las entidades sin ánimo de lucro constituidas como asociaciones mutuales o cooperativas, siempre que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista 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. 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. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-3)
3. «Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

» Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». [↑](#footnote-ref-4)
4. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-5)
5. CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón, Los Convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual. 4ta Ed. Bogotá, Temis. 2020, pp. 426-427.

 [↑](#footnote-ref-6)
6. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-7)
7. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

«16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro.

»El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-8)
8. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-10)
10. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-12)
12. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-13)
13. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-14)
14. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-15)
15. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-16)
16. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-17)
17. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

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

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

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

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-18)
18. Esto se ratifica expresamente en el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», el cual dispone que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. *Este Decreto* […] *deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-19)
19. «Artículo 21. Naturaleza de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 2° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: “Artículo 2° Naturaleza. Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social, seguridad alimentaria y producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados.

»Parágrafo primero. El Gobierno Nacional expedirá un Decreto de regulación prudencial sobre la captación del ahorro que desarrollan las asociaciones mutuales”».

 [↑](#footnote-ref-20)
20. «Artículo 20. Constitución de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 7° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: "Artículo 7° Constitución. Las Asociaciones Mutuales se constituirán con un mínimo de diez (10) personas naturales, por documento privado que se hará constar en acta firmada por todos los asociados fundadores, con anotación de sus nombres, documentos de identificación y domicilios. En el mismo acto será aprobado el estatuto social y elegidos los órganos de administración y control”». [↑](#footnote-ref-21)
21. «Artículo 14. La constitución de toda cooperativa se hará en asamblea de constitución, en la cual serán aprobados los estatutos y nombrados en prioridad los órganos de administración y vigilancia.

   »El Consejo de Administración allí designado nombrará el representante legal de la entidad, quien será responsable de tramitar el reconocimiento de la personería jurídica.

   »El acta de la asamblea de constitución será firmado por los asociados fundadores, anotando su documento de identificación legal y el valor de los aportes iniciales.

   »El número mínimo de fundadores será de veinte, salvo las excepciones consagradas en normas especiales». [↑](#footnote-ref-22)
22. «Artículo 22. Constitución de cooperativas. Modifíquese el inciso 40 del artículo 14 de la ley 79 de 1988, el cual quedará así:

»”El número mínimo de fundadores será de tres, salvo las excepciones consagradas en normas especiales.

»Para su inscripción en el registro público solo se requerirá la solicitud firmada por el representante legal, acompañada del acta de constitución y copia de los estatutos.

»En las cooperativas que tengan 10 o menos asociados, ninguna persona natural podrá tener más del 33% de los aportes sociales y ninguna persona jurídica más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los mismos.

»En aquellas cooperativas cuyo número de asociados sea inferior a 10, en el estatuto o reglamentos se deberán adecuar los órganos de administración y vigilancia a las características de la cooperativa y al tamaño del grupo asociado. A falta de estipulación estatutaria sobre la creación de un consejo de administración, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

»Parágrafo primero. Cuando la Cooperativa supere los 10 asociados, deberá en un término máximo improrrogable de 6 meses, ajustar el monto mínimo de aportes que debe tener cada asociado y nombrar los órganos de administración y vigilancia, conforme a las reglas de la Ley 79 de 1988». [↑](#footnote-ref-23)
23. «Artículo 6o. Características de las organizaciones de economía solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

»1. Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

»2. Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente ley.

»3. Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.

»4. Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.

»5. Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.

»6. Integrarse social y económicamente, sin perjuicio de sus vínculos con otras entidades sin ánimo de lucro que tengan por fin promover el desarrollo integral del ser humano.

»Parágrafo 1o. En todo caso, las organizaciones de la economía solidaria deberán cumplir con los siguientes principios económicos:

»1. Establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.

»2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

»Parágrafo 2o. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo». [↑](#footnote-ref-24)
24. «Artículo 23. De conformidad con lo establecido por los artículos 4° de la Ley 79 de 1988 y 6° de la Ley 454 de 1988, las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria son empresas. En tal virtud, para los efectos de la presente ley, las entidades de economía solidaria serán clasificadas como Mipymes en los términos establecidos por el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen, deroguen o adicionen, sin perjuicio de la normatividad específica aplicable a sus diferentes figuras jurídicas, ni del marco de competencias institucionales de Gobierno para su fomento, fortalecimiento, inspección, control y vigilancia». [↑](#footnote-ref-25)