**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad**

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.

**RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias**

[…] 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.

[…]

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. […].

**REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020**

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para su cumplimiento. 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 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.

**LEY 2069 DE 2020 – Mínima cuantía – Eficacia directa**

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».

[…]

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. 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»

**MÍNIMA CUANTÍA – Normas reglamentarias – Decreto 1082 de 2015 – Vigencia**

[…] recientemente se expidió el 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 de 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». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la «invitación» y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a mipymes, de acuerdo con el mandato del parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cree y establezca las reglas para la utilización de Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de «grandes almacenes».

De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección. En este sentido, el reglamento citado, que modifica el Decreto 1082 de 2015, constituye la nueva regulación de la modalidad de mínima cuantía.

Sin embargo, el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 estableció un término para la entrada en vigencia de sus disposiciones, al señalar que «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». Debido a lo anterior, la regulación vigente de la modalidad de mínima cuantía es la expuesta en el numeral anterior de este concepto, donde se concluyó que a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento –antes de la modificación del Decreto 1860 de 2021– continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. No obstante, para las *invitaciones* que se publiquen a partir del 24 de marzo de 2022, la regulación aplicable a la modalidad de mínima cuantía será la establecida en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modificó los artículos 2.2.1.2.1.5.1. a 2.2.1.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015.

**MÍNIMA CUANTÍA – Declaratoria de desierta – Fundamento**

[…] como se señaló en los acápites precedentes, los principios de la contratación estatal resultan aplicables, en lo pertinente, a los procesos de mínima cuantía, lo que es especialmente relevante para el asunto estudiado, en el entendido de aplicar el principio de economía en la forma en que la Ley 80 de 1993 regula este principio en el artículo 25. Esto es relevante, porque esta Agencia considera que al no existir regulación especial de la declaratoria de desierta en los procesos de mínima cuantía, el fundamento para esta actuación se encuentra consagrado en el artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993.

**DECLARATORIA DE DESIERTA – Recursos – Procedencia – Vacíos – Regulación – Mínima cuantía**

[…] la regla especial respecto a que frente al «acto de adjudicación» no proceden recursos, no es posible extenderla a la declaratoria de desierta, por tratarse de un acto con una naturaleza y contenido diferente, tal como se viene expresando y, además, bajo el entendido de que dicha disposición limita el ejercicio de un derecho, como sería la interposición de un recurso, por lo que su interpretación debe ser estricta. Por ello, esta Agencia considera que la declaratoria de desierta hace parte de aquellos actos regulados en el inciso segundo del artículo 77, es decir, que frente a ella procede el recurso de reposición.

En armonía con lo anterior, frente al acto administrativo que declara desierto un procedimiento de selección, incluido uno de mínima cuantía, procede el recurso de reposición, independientemente de los hechos y fundamentos que aduzca la entidad en el respectivo acto. Ahora bien, el EGCAP, si bien establece los recursos que proceden frente a los actos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, no regula aspectos como: frente a quién se interponen, la oportunidad o término con que se cuenta para presentarlos, el efecto en que se conceden, los requisitos para interponerlos, etc. Por tanto, estos aspectos deben regularse conforme a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, esto es, con los artículos 74 y ss. Lo anterior con fundamento en la remisión que realiza el inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 –lo que se explicó anteriormente–, que resulta armónico con los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.





Bogotá, 17 de febrero de 2022

Señor

**Juan Pablo Bustos**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 001 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad / RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias / REGLAMENTACIÓN PREVIA – Ley 2069 de 2020 / LEY 2069 DE 2020 – Mínima cuantía – Eficacia directa / MÍNIMA CUANTÍA – Normas reglamentarias – Decreto 1082 de 2015 –Vigencia / MÍNIMA CUANTÍA – Declaratoria de desierta – Fundamento / DECLARATORIA DE DESIERTA – Recursos – Procedencia – Vacíos – Regulación – Mínima cuantía |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220103000007 |

Estimado señor Bustos:

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 3 de enero de 2022.

**1. Problema planteado**

Analizada la pregunta del peticionario, se colige que su finalidad consiste en que esta Agencia conceptúe sobre el siguiente tema: «¿Aplican los recursos establecidos en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, contra el acto administrativo que declara desierto un proceso de selección de mínima cuantía, regulado por el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 2.2.1.2.1.5.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015 cuando la causal es la ausencia oferentes en el proceso?».

**2. Consideraciones**

Teniendo en cuenta que la pregunta del peticionario se relaciona con los procesos de mínima cuantía, para resolver la inquietud planteada se considera importante realizar algunas precisiones previas en torno al régimen actual de esta modalidad de selección, para posteriormente abordar la inquietud particular del peticionario. Esto es especialmente importante, dado que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 fue modificado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y que este último fue reglamentado por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, por lo que se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley de Emprendimiento, ii) intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas, iii) regulación de la mínima cuantía y vigencia del procedimiento previsto en el Decreto 1082 de 2015, iv) régimen aplicable a los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022 y, finalmente, v) la declaratoria de desierta en los procesos de mínima cuantía.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020, C-551 del 24 de septiembre de 2020 y C-542 de 20 de octubre de 2021 explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. Igualmente, en los 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, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021 y C-573 de 13 de octubre de 2021, se analizó el alcance del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, concluyendo que goza de eficacia directa. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada. Finalmente, en el desarrollo del concepto se hará referencia al Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, en relación con la modalidad de mínima cuantía.

**2.1.** **Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria 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[[1]](#footnote-1), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[2]](#footnote-2). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[3]](#footnote-3), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[4]](#footnote-4) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[5]](#footnote-5).

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-6).

 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-7).

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. En efecto, 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-8). 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», aspectos en la que la norma excluye la regulación autónoma de la materia por parte de las entidades contratantes, aclarando que esta regulación se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero cuyas modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «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», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022, aspecto que se analizará en el desarrollo del concepto.

 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 de Contratación, las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales. 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.

 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-9). 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-10).

 Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal. Por ejemplo, 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-11). 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-12).

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 y el artículo 265 de la Ley 2094 de 2021 volvió a prorrogarlo hasta el 22 de marzo de 2022.

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-13).

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para su cumplimiento. 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-14).

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, por lo que 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-15). 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-16).

Así las cosas, 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.

Actualmente, dicha reglamentación se efectuó, en lo que tiene relación con los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, mediante el reciente Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021. Sin embargo, dichas disposiciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «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», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022, aspecto que se analizará en el desarrollo del concepto. A diferencia de lo anterior, es necesario analizar con mayor detalle lo relacionado con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, porque, como se explicará a continuación, esta norma ha gozado de eficacia directa, sin perjuicio de la reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

**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, antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021**

Con la finalidad de explicar el régimen jurídico vigente aplicable a la modalidad de mínima cuantía, en este numeral se hará referencia a las normas del Decreto 1082 de 2015 que la regulan, antes de la reciente expedición 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 de 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». De esta manera, se reitera la advertencia en el sentido de que las referencias que se harán al Decreto 1082 de 2015 se entenderán antes de las modificaciones realizadas por el Decreto 1860.

 Este esquema de análisis resulta procedente, toda vez, que de acuerdo con el Decreto 1860 de 2021 –al que se hará referencia en el numeral siguiente de este concepto– las disposiciones contenidas en dicho reglamento 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. En tal sentido, tratándose de los procesos de mínima cuantía, dichas modificaciones tendrán efectos en los procesos cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. Hecha la anterior precisión, a continuación, se explicará cuál es el régimen vigente en la actualidad, reiterando la interpretación realizada por la Agencia en conceptos anteriores[[17]](#footnote-17).

 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»[[18]](#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[[19]](#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», desarrollos que se realizaron mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. No obstante, mientras empiezan a regir las disposiciones del Decreto 1860 de 2021, ¿era 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 […]»[[20]](#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 efectiva. 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 la realización de estas adquisiciones a mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén», lo cual se realizó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022. Teniendo en cuenta lo anterior, bajo el marco jurídico actual es posible afirmar 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, resta precisar si con el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 están vigentes los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, que regulan el procedimiento de la mínima cuantía en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, mientras entran a regir las modificaciones realizadas por el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021. En otras palabras, ¿la modificación de la Ley de Emprendimiento en la mínima cuantía supuso la desaparición del fundamento jurídico de los artículos originales del decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860–?

 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– de los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011[[21]](#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. 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. Por ello, ese mandato, que debería cumplirse en el futuro, mal podría entenderse satisfecho con normas reglamentarias del pasado, como son las originales 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, esto es, antes de que empiecen a regir las disposiciones del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

 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 originales del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación del Decreto 1860–, se entendieron derogados, de acuerdo con el artículo 84 ibídem. 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 los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 reglamentaban 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 las normas citadas del decreto reglamentario perderían 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. En efecto, 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[[22]](#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 estaban previstos en el Decreto 1082 de 2015 original –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021–. Particularmente, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, las convocatorias limitadas únicamente eran 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 recibiera 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, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero cuyas modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «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», esto es, a partir del 24 de marzo de 2021.

 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 requería 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 de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015 son compatibles con la norma vigente. Lo anterior considerando que, conforme a los parágrafos del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, el cambio realmente 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 del artículo 2.5 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 originales del Decreto 1082 de 2015. 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 […]»[[23]](#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, regulación que se efectuó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero que solo resulta aplicable para los procesos cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, esto es, a partir del 24 de marzo de 2022.

 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, sin que se necesitara la expedición de un nuevo reglamento. Adicionalmente, pese a que la Ley de Emprendimiento permite las convocatorias limitadas a las mipymes 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 desarrollaban esta modalidad de selección al momento de expedirse la Ley 2069 de 2020. En esta medida, siguen vigentes gran parte de los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 originales del Decreto 1082 de 2015, los cuales aplicarán a los procesos de mínima cuantía que se inicien antes del 24 de marzo de 2022, de acuerdo con las normas de vigencia del Decreto 1860 de 2021.

 No obstante, es necesario introducir un matiz en la conclusión precedente, pues los factores de desempate previstos en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 perdieron 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 –en otras palabras, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Lo expuesto en los dos (2) párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para el procedimiento de 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 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.

En efecto, 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 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. Esta idea es especialmente importante, para el análisis que se realizará en el numeral 2.5. de este concepto, en relación con la declaratoria de desierta en los procesos de mínima cuantía.

Además, aunque el artículo 5.1 de la Ley 57 de 1887 consagra la regla *lex specialis derogat legi generali*[[24]](#footnote-24), este criterio para la resolución de antinomias carece de aplicación matemática para concluir que los factores de desempate para la mínima cuantía se rigen por las normas especiales previstas en el reglamento. De esta manera, los límites de esta regla hay que verificarlos en cada caso teniendo en cuenta la intención del legislador, por lo cual es posible la existencia de una regla general que no tolere excepciones[[25]](#footnote-25). Al respecto, la doctrina considera que:

[…] la preferencia por la norma especial sobre la norma posterior no puede tener jamás un valor absoluto, porque razones de orden teleológico pueden impeler a dar prioridad a la *lex posterior generalis*. Piénsese en las hipótesis de nueva regulación integral de la materia, por reducida que la materia sea: parece que la vocación de regulación uniforme debe prevalecer sobre las diferencias sectoriales preexistentes. Por ello, incluso quienes defienden la primacía del criterio de la especialidad en caso de conflicto con el criterio cronológico lo hacen con reservas y sin atribuir a esta afirmación un valor absoluto. Ha sido sugerido, en este sentido, que el aforismo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* opera como una mera presunción hermenéutica, que puede ser destruida por una clara *voluntas legis* de sentido contrario[[26]](#footnote-26).

 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)[[27]](#footnote-27). En esta medida, carece de sentido que los criterios de desempate sean inaplicables a la mínima cuantía desde la expedición de la Ley 2069 de 2020, cuando la regla prevista en el artículo citado aplica en 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 consideración al valor del presupuesto oficial estimado. En este sentido, los criterios de desempate aplicables a los procesos de mínima cuantía, desde la expedición de la Ley 2069 de 2020 son los establecidos en el artículo 35 de dicha Ley, entendiéndose derogadas las normas que le sean contrarias.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es aplicable al procedimiento de mínima cuantía desde la expedición de dicha Ley, por lo que se presentó tanto la derogación como el decaimiento de los criterios de desempate previstos en el Decreto 1082 de 2015 para esta modalidad de selección. De esta manera, a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –que se refieren a criterios de desempate–, los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Sin embargo, el régimen aplicable a la mínima cuantía variará para los procesos cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022, como se explicará en el numeral siguiente.

**2.4.** **Régimen aplicable a los procesos de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022**

Como se expuso brevemente en el numeral anterior, recientemente se expidió el 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 de 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». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

 Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la «invitación» y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a mipymes, de acuerdo con el mandato del parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020[[28]](#footnote-28). iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cree y establezca las reglas para la utilización de Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de «grandes almacenes».

 De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección. En este sentido, el reglamento citado, que modifica el Decreto 1082 de 2015, constituye la nueva regulación de la modalidad de mínima cuantía.

 Sin embargo, el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 estableció un término para la entrada en vigencia de sus disposiciones, al señalar que «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»[[29]](#footnote-29). Debido a lo anterior, la regulación vigente de la modalidad de mínima cuantía es la expuesta en el numeral anterior de este concepto, donde se concluyó que a excepción del numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 y el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, los artículos originales 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 de este reglamento –antes de la modificación del Decreto 1860 de 2021– continúan rigiendo bajo la vigencia del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. No obstante, para las *invitaciones* que se publiquen a partir del 24 de marzo de 2022, la regulación aplicable a la modalidad de mínima cuantía será la establecida en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modificó los artículos 2.2.1.2.1.5.1. a 2.2.1.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015.

**2.5. Declaratoria de desierta en los procesos de mínima cuantía**

De acuerdo con lo explicado en los apartados precedentes, en la actualidad la mínima cuantía se encuentra regulada en el artículo 30 de la Ley de Emprendimiento. Esta disposición no solo subrogó el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 sino que modificó el alcance del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007. Por lo demás, salvo los factores de desempate, en vigencia del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 siguen produciendo efectos gran parte de la reglamentación de este procedimiento contractual en el Decreto 1082 de 2015. Lo anterior hasta la entrada en vigencia del Decreto 1860 de 2021, el cual reglamenta el procedimiento de mínima cuantía con sujeción a las modificaciones previstas en la ley.

 Analizado el régimen jurídico aplicable a la modalidad de selección de mínima cuantía, corresponde estudiar la declaratoria de desierta de estos procesos, con la finalidad de abordar la pregunta formulada por el peticionario. En este sentido, conforme a lo expuesto hasta este lugar es posible concluir que las disposiciones que regulan la mínima cuantía no establecen una regulación especial frente a la declaratoria de desierta.

 La declaratoria de desierta de un procedimiento de selección consiste en la decisión de la entidad contratante de no adjudicar el contrato, esto es, de no seleccionar al futuro contratista originado en un procedimiento de selección, por presentarse los supuestos establecidos por el legislador para dicha declaratoria. Ahora bien, como se señaló en líneas anteriores, las normas especiales que regulan el procedimiento de mínima cuantía no establecen una regulación especial respecto a esta actuación; aunque sí existen reglas especiales respecto a la forma como se selecciona la mejor oferta y, por ende, al proponente seleccionado. En este sentido, los literales c) y d) del numeral 5 del artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#2) de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 señalan:

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:

[…]

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.

 En armonía con lo anterior, el legislador estableció que en los procesos de mínima cuantía no habría un «acto de adjudicación», sino que en aras de la celeridad y economía que se busca con esta modalidad, la selección de la mejor oferta se realiza mediante una «comunicación de aceptación de la oferta», y dicha comunicación, junto con la oferta presentada por el oferente seleccionado constituyen el contrato. Por las razones anteriores, en los procesos de mínima cuantía la comunicación de aceptación de la oferta hace las veces del acto de adjudicación, en el entendido de que bajo dicha actuación la entidad selecciona a su contratista; solo que en estos casos mediante dicho acto además se perfecciona el contrato.

 Ahora bien, como se señaló en los acápites precedentes, los principios de la contratación estatal resultan aplicables, en lo pertinente, a los procesos de mínima cuantía, lo que es especialmente relevante para el asunto estudiado, en el entendido de aplicar el principio de economía en la forma en que la Ley 80 de 1993 regula este principio en el artículo 25. Esto es relevante, porque esta Agencia considera que al no existir regulación especial de la declaratoria de desierta en los procesos de mínima cuantía, el fundamento para esta actuación se encuentra consagrado en el artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

[…]

18. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

 Si bien resulta problemático que la disposición solo aluda a la «licitación», esta Agencia considera que su entendimiento debe ser amplio, para acoger a los demás procedimientos de selección adoptados en nuestro ordenamiento de forma posterior, por parte de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 2 creó nuevas modalidades de selección que no existían bajo la Ley 80 original, esto es, además de la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía. Esta interpretación además encuentra fundamento en lo establecido en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuya redacción es más amplia, al prescribir que «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa». En este sentido, las actuaciones de las entidades estatales deben observar el principio de economía, en los términos establecidos por el legislador en el artículo 25, resultando compatible lo establecido en el numeral 18 en relación con la modalidad de mínima cuantía, al igual que frente a las demás modalidades de selección competitivas establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

 Ahora bien, bajo la norma actual que regula la declaratoria de desierta, esta «únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», lo que responde a la orientación regulativa mediante principios adoptada por la Ley 80 de 1993, toda vez que bajo el régimen del Decreto-Ley 222 de 1983 se establecía una mayor cantidad de supuestos[[30]](#footnote-30). De esta manera, actualmente cualquier declaratoria de desierta de un proceso contractual, implica que la entidad en el acto mediante el cual se declara exprese las razones por las cuales considera que no es posible realizar una selección objetiva de la mejor oferta, y cómo esta circunstancia se presenta efectivamente en el procedimiento de selección, por ejemplo, por no haberse presentado ofertas o porque ninguna cumple con los requisitos mínimos establecidos por la entidad en los pliegos de condiciones o en la invitación. En efecto, en relación con la motivación de la declaratoria de desierta, la doctrina expresa:

Esto significa que el acto administrativo debe contener de manera detallada y completa lo siguiente:

Señalar los hechos que según la entidad dan lugar a la declaratoria.

Debe mostrar de qué modo dichos hechos son constitutivos de la causal señalada en la ley. Es decir debe mostrar de qué modo el hecho señalado impide realmente la selección objetiva del contratista[[31]](#footnote-31).

 Ahora bien, el acto mediante el cual se declara desierto un procedimiento de selección constituye un acto administrativo. Incluso, es posible sostener que se trata de un acto definitivo –no de trámite–, en tanto constituye un acto mediante el cual finaliza el procedimiento administrativo de selección del contratista, que impide continuar con el trámite. En efecto, mediante dicho acto la entidad manifiesta su decisión de no adjudicar el contrato, esto es, de no seleccionar a su futuro contratista[[32]](#footnote-32).

 Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde analizar si proceden recursos contra esta decisión de la entidad contratante, y de ser así cuáles serían procedentes. Para ello, es indispensable acudir al artículo 77 de la Ley 80 de 1993:

Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo.

 De la disposición transcrita se destacan varios aspectos relevantes para el asunto que se analiza: i) se establece que los actos administrativos que se expidan en desarrollo de la actividad contractual, solo son susceptibles del recurso de reposición. ii) Se establece que frente al «acto de adjudicación» no proceden recursos. iii) El inciso primero prescribe que los vacíos en el procedimiento administrativo contractual serán llenado con las normas que «rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa», esto es, mediante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.

 En relación con lo anterior, cabe destacar que la regla especial respecto a que frente al «acto de adjudicación» no proceden recursos, no es posible extenderla a la declaratoria de desierta, por tratarse de un acto con una naturaleza y contenido diferente, tal como se viene expresando y, además, bajo el entendido de que dicha disposición limita el ejercicio de un derecho, como sería la interposición de un recurso, por lo que su interpretación debe ser estricta. Por ello, esta Agencia considera que la declaratoria de desierta hace parte de aquellos actos regulados en el inciso segundo del artículo 77, es decir, que frente a ella procede el recurso de reposición[[33]](#footnote-33).

 En armonía con lo anterior, frente al acto administrativo que declara desierto un procedimiento de selección, incluido uno de mínima cuantía, procede el recurso de reposición, independientemente de los hechos y fundamentos que aduzca la entidad en el respectivo acto. Ahora bien, el EGCAP, si bien establece los recursos que proceden frente a los actos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, no regula aspectos como: frente a quién se interponen, la oportunidad o término con que se cuenta para presentarlos, el efecto en que se conceden, los requisitos para interponerlos, etc. Por tanto, estos aspectos deben regularse conforme a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, esto es, con los artículos 74 y ss. Lo anterior con fundamento en la remisión que realiza el inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 –lo que se explicó anteriormente–, que resulta armónico con los artículos 2 y 34 del CPACA[[34]](#footnote-34), sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

 Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia considera que frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección, entre ellos el de mínima cuantía, procede el recurso de reposición, que podrá interponerse en los términos establecidos en el artículo 76 del CPACA[[35]](#footnote-35). Incluso, debido a que las disposiciones no sujetan la procedencia de los recursos a los hechos o argumentos a que acuda la entidad estatal para declarar desierto el procedimiento de selección, estos procederán, incluso en los eventos en que la entidad argumente no haber recibido ofertas o que estas fueron presentadas de forma extemporánea, pues incluso este sería un contenido del acto sujeto a discusión, bajo el entendido de que algún interesado podría considerar que sí presentó oferta o que lo hizo dentro del término.

 En conclusión, esta Agencia considera que frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, independientemente de la causa o argumento en que se apoye la entidad para dicha decisión, sin perjuicio de tener en cuenta que tal declaración solo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, circunstancia que deberá motivar la entidad en el respectivo acto administrativo.

**3. Respuestas**

«¿Aplican los recursos establecidos en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, contra el acto administrativo que declara desierto un proceso de selección de mínima cuantía, regulado por el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 2.2.1.2.1.5.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015 cuando la causal es la ausencia oferentes en el proceso?».

En la actualidad la mínima cuantía se encuentra regulada en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Esta disposición no solo subrogó el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, sino que modificó el alcance del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, salvo los factores de desempate, en vigencia del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 sigue vigente gran parte de la reglamentación de este procedimiento contractual en el Decreto 1082 de 2015. Lo anterior hasta la entrada en vigencia del Decreto 1860 de 2021, el cual reglamenta el procedimiento de mínima cuantía, con sujeción a las modificaciones previstas en la ley y tendrá efectos en los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a partir del 24 de marzo de 2022.

 Luego de realizada esta precisión, de acuerdo con lo expresado en las consideraciones, frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección, inclusive uno de mínima cuantía, procede el recurso de reposición, independientemente de la causa o argumento en que se apoye la entidad para dicha decisión, sin perjuicio de tener en cuenta que tal declaración solo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, circunstancia que deberá motivar la entidad en el respectivo acto administrativo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-5)
6. Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>). [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
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-8)
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-9)
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-10)
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-11)
12. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-13)
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-14)
15. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-16)
17. En concreto, se hace referencia a 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, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021 y C-673 del 4 de enero de 2022. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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)
19. 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)
20. 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)
21. Esta norma dispone que los actos administrativos no pueden ejecutarse «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». [↑](#footnote-ref-21)
22. 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)
23. 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)
24. El artículo 5 de la Ley 57 de 1887 dispone que «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

»Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

»1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

»2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública». [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. p. 134. [↑](#footnote-ref-25)
26. DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 363. En el mismo sentido, la doctrina explica que «En los casos en que las reglas se superponen parcialmente, *lex posterior* da apoyo, por cierto, la presunción de que la regla mas reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior, pero ello no es incondicionalmente así. *Lex posterior* solo se aplica en la medida en que, en términos subjetivos, el legislador “tuvo la intención” de reemplazar la ley anterior […]» (Cfr. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Quinta edición. Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 127). [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ibidem*. p. 18. [↑](#footnote-ref-27)
28. PARÁGRAFO 1o. 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. [↑](#footnote-ref-28)
29. El artículo completo es del siguiente tenor: «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. 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 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2. Y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14., 2.2.1.2.4.2.15., 2.2.1.2.4.2.16., 2.2.1.2.4.2.17. Y 2.2.1.2.4.2.18.; adiciona un parágrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional». [↑](#footnote-ref-29)
30. «Artículo 42. De cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:

»1. Cuando no se presente el número de mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.

»2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.

»3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.

»4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.

»5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.

»En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada. [↑](#footnote-ref-30)
31. Es de anotar que este autor solo da cabida a la declaratoria de desierta cuando son varios los proponentes y no contempla en su escrito para este acto la posibilidad de que el oferente sea uno y no cumpla con los requisitos. [↑](#footnote-ref-31)
32. En relación con este aspecto, el Consejo de Estado ha expresado: «La etapa de licitación contractual culmina ordinariamente o bien con el acto de adjudicación o bien con el que la declara desierta y a ella sigue en el primer evento la contractual propiamente dicha.

»Pero, en ninguna de las dos posibilidades puede hablarse de un acto de trámite, ya que en la una o en la otra se define una actuación administrativa o se cierra una etapa precontractual». (CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 4 de febrero de 1982, Rad. 2656, C.P. Carlos Betancur Jaramillo). [↑](#footnote-ref-32)
33. La postura anterior, también es compartida por la doctrina en los siguientes términos: «La declaratoria de desierta se adopta en un acto administrativo motivado sujeto al recurso de reposición. Sobre este punto no compartimos la posición de un sector de la doctrina para quien la declaratoria de desierta constituye la otra cara de la moneda de la adjudicación y a la que, por ende, le aplica la excepción sobre la procedencia de los recursos dispuesta en la ley para esta última». (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 453). [↑](#footnote-ref-33)
34. Estos artículos de la Ley 1437 de 2011 establecen: «Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

[…]

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».

«Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-34)
35. «Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

»Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar». [↑](#footnote-ref-35)