

FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites

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

FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Ámbito de aplicación

Las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a los «[...] Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales [...]». De este modo, los factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no solo son aplicables a la contratación de las entidades regidas por el EGCAP, sino que extiende su aplicación a los procesos de selección de las entidades independientemente de su régimen de contratación, a los que realicen los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, y en general, en los procesos de selección realizados con cargo a recursos públicos. Debido a que la norma no distingue entre modalidades o procedimientos, los factores de desempate son aplicables en todos los procesos de selección que celebren los sujetos mencionados.

FACTORES DE DESEMPATE – Artículo 35 – Procesos contractuales – Corredores de seguros

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, los factores de desempate aplican en tres (3) supuestos diferentes: i) para los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, ii) para los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación y iii) para los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. En esta medida, el hecho de que los factores de desempate no apliquen en virtud del *primer supuesto*, no significa que dejen de regir por lo previsto en los dos (2) restantes. Lo anterior en la medida que son tres (3) hipótesis distintas de aplicación de los factores de desempate en el sistema de compras y contratación pública.

Aunque para el *primer supuesto* es jurídicamente relevante la naturaleza pública de los recursos, el *segundo supuesto* hace abstracción de este requisito cuando dispone que los factores de desempate rigen también en «[...] los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación [...]» (Énfasis fuera de texto). Dado que este apartado de la norma no distingue si existe o no ejecución de recursos públicos, la Agencia entiende que aplica a ambos supuestos bajo la máxima hermenéutica según la cual donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir. Por tanto, si bien es cierto que en los procesos de los corredores de seguros no existe ejecución de recursos públicos, la Agencia considera que aplican los factores de desempate en virtud del segundo supuesto previsto en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.



FACTORES DE DESEMPATE – Postead reglamentaria – Límites – Decreto 1860 de 2021 – Alcance

Aunque en la solicitud se alude a la posibilidad de limitar la aplicación de los factores de desempate por lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, la potestad reglamentaria no puede ejercerse para ampliar o reducir el ámbito de aplicación de la ley. De hecho, si bien la norma permite reglamentar los factores de desempate en los casos en que concurren dos o más de los criterios allí previstos, es necesario tener en cuenta que –de acuerdo con el inciso primero– los factores se aplican en orden sucesivo y excluyente, por lo que queda descartada su concurrencia.

Por tanto, no es posible modificar el ámbito de aplicación de la norma, los criterios de desempate ni el orden de su aplicación sucesivo y excluyente. A lo sumo, como dispone el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, puede determinarse cómo se acredita cada criterio. De hecho, la disposición adicionada es congruente con el ámbito de aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ya que –conforme a los tres (3) supuestos explicados *ut supra*– la reglamentación que entrará en vigencia tres (3) meses contados a partir de su fecha de expedición también aplica «[...] en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, 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 [...]» (Énfasis fuera de texto).



Bogotá D.C., 27/01/2022

N° Radicado: RS20220127000649

Doctora
Claudia González Sánchez
Presidente Ejecutiva de la Asociación Colombiana de Corredores de Seguros
Bogotá D.C.

Concepto C – 730 de 2022

Temas: FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites /
FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35
– Ámbito de aplicación / FACTORES DE DESEMPATE – Artículo
35 – Procesos contractuales – Corredores de seguros /
FACTORES DE DESEMPATE – Postead reglamentaria –
Límites – Decreto 1860 de 2021 – Alcance

Radicación: Respuesta a consulta P20211215011543

Estimada doctora González:

En ejercicio de la competencia o torgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 15 de diciembre de 2021.

1. Problemas planteados

En relación con los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, los cuales rigen «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos [...]» y en razón de que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos», manifiesta que estos no deberían aplicarse a los procesos de los corredores de seguros. Lo anterior, en la medida que «[...] se está frente a procesos atípicos toda vez que estos NO tienen propuesta económica y no implica erogación a cargo de las entidades o personas contratantes», agregando que «[...] La comisión que devenga el corredor de seguros no se paga con



recursos públicos, sino que estos provienen del pacto privado realizado con la Compañía de Seguros». En este contexto:

No es admisible indicar que la comisión de intermediación proviene de los recursos públicos con que las entidades han pagado o pagarán la prima de las pólizas de seguros que contraten, pues eso sería darle el carácter de recurso público (y mal entendido como parafiscal) a un pacto privado, lo cual afectaría todo el sistema asegurador, desconociendo lo dispuesto en la ley y cambiando la naturaleza de unos recursos que son esencialmente privados.

Es por eso, que desde la agremiación he insistido en afirmar que tener un intermediario no significa mayor costo para la entidad o persona contratante, pero sí representa, para los tomadores de los seguros, importantes beneficios y ventajas y tratándose de entidades estatales, estas encontrarán un apoyo indispensable para el cumplimiento de sus funciones y en lo relacionado con el programa de seguros que requieren contratar.

Por tanto, usted realiza la siguiente pregunta: «¿el entendimiento de ACOAS es correcto, y por ende no les es aplicable los factores de desempate dispuestos en el artículo 35 de la Ley 2069 del 2020 al proceso de selección del corredor de seguros?».

2. Consideraciones

Para resolver el problema planteado, se analizarán los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procedimientos contractuales para la selección de corredores de seguros.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los Conceptos C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 del 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del



12 de diciembre de 2021, entre otros¹. Los argumentos expuestos en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementaran en lo pertinente:

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

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

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe

¹ La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020.

mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección².

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población³. Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993⁴.

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

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

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de esa Ley, «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.

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común [...]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil.

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 tarifas⁵, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁶. De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁷, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁸ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁹.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con el artículo 35 de la referida ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

2.3. Aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procedimientos contractuales para la selección de corredores de seguros: imposibilidad del limitar su alcance por vía reglamentaria

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. De esta manera, hasta la promulgación de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba

⁵ Artículos 2 al 29.

⁶ Artículos 30 al 36.

⁷ Artículos 37 al 45.

⁸ Artículos 46 al 73.

⁹ Artículos 74 al 83.

los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección¹⁰. En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[...] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado¹¹.

¹⁰ En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

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

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

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

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación».

¹¹ Esto se ratifica expresamente en el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», el cual dispone que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. *Este Decreto [...] deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*» (Énfasis fuera de texto).

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente, es necesario hacer referencia al objeto de la consulta. Al respecto, se indaga en torno a la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 a los procedimientos contractuales para la selección de corredores de seguros. Para resolver esta inquietud es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, pues las causales aplican a los «[...] Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales [...]».

De este modo, los factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no solo son aplicables a la contratación de las entidades regidas por el EGCAP, sino que extiende su aplicación a los procesos de selección de las entidades independientemente de su régimen de contratación, a los que realicen los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, y en general, en los procesos de selección realizados con cargo a recursos públicos. Debido a que la norma no distingue entre modalidades o procedimientos, los factores de desempate son aplicables en todos los procesos de selección que celebren los sujetos mencionados.

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

Conforme a lo anterior, la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes procesos de selección de las entidades públicas, quienes – indistintamente del régimen contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma. Este artículo obliga a todas las entidades estatales a aplicar los factores de desempate allí previstos en los procesos de selección independientemente de su régimen de contratación. Por ello, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, es aplicable a los procedimientos contractuales para la selección de corredores de seguros.

Al respecto, la peticionaria manifiesta que «[...] se está frente a procesos atípicos toda vez que estos NO tienen propuesta económica y no implica erogación a cargo de las entidades o personas contratantes», agregando que «[...] La comisión que devenga el corredor de seguros no se paga con recursos públicos, sino que estos provienen del pacto privado realizado con la Compañía de Seguros». La Agencia no desconoce la veracidad de estas afirmaciones, teniendo en cuenta que el artículo 1341 del Código de Comercio – aplicable a los contratos estatales de las entidades sometidas por remisión de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993– dispone que la comisión a los corredores es pagada directamente por la compañía de seguros, por lo que es claro que la remuneración no proviene del erario¹².

No obstante, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, los factores de desempate aplican en tres (3) supuestos diferentes: i) para los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, ii) para los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación y iii) para los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. En esta medida, el hecho de que los factores de desempate no apliquen en virtud del *primer supuesto*, no significa que dejen de regir por lo previsto en los dos (2) restantes. Lo anterior en la medida que son tres (3) hipótesis distintas de aplicación de los factores de desempate en el sistema de compras y contratación pública.

Aunque para el *primer supuesto* es jurídicamente relevante la naturaleza pública de los recursos, el *segundo supuesto* hace abstracción de este requisito cuando dispone que los factores de desempate rigen también en «[...] *los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación* [...]» (Énfasis fuera de texto). Dado que este apartado de la norma no distingue si existe o no ejecución de recursos públicos, la Agencia entiende que aplica a ambos supuestos bajo la máxima hermenéutica según la cual donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir. Por tanto, si bien en cierto que en los procesos de los corredores de seguros no existe ejecución de recursos públicos, la Agencia considera que aplican los factores de desempate en virtud del segundo supuesto previsto en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Por otra parte, en la solicitud se alude a la posibilidad de limitar la aplicación de los factores de desempate, pues el parágrafo 3 de la norma citada en el párrafo precedente

¹² El artículo 1341 del Código de Comercio dispone que «El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos.

Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador. El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga.

Cuando en un mismo negocio intervengan varios corredores, la remuneración se distribuirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario» (Énfasis fuera de texto).

dispone que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos». Sobre este punto, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³ como del Consejo de Estado¹⁴ señalan que los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria consisten en la necesidad y la finalidad.

De acuerdo con el *criterio de necesidad*, el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva¹⁵. Por su parte, el *criterio de finalidad* se relaciona con el contenido de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de dicha potestad están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos. Este último elemento, se encuentra asociado por demás al respeto del principio de supremacía normativa, pues el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución¹⁶.

En efecto, tratándose de la competencia prevista en el artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, pues busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto. Los parámetros de esta facultad han sido desarrollados por la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial por la Corte Constitucional, quien a modo de subreglas¹⁷ ha establecido ciertas limitaciones en el ejercicio de esta atribución:

¹³ Sentencia C-1005 de 2008, Corte Constitucional. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. 1101-03-24-000-2010-00119-00. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

¹⁵ Al respecto, el Congreso puede dictar normas minuciosamente detalladas, en cuyo caso no será necesaria la expedición de decretos reglamentarios; o puede limitarse a dictar una ley de contenidos generales y dejar al Gobierno nacional la potestad de completar todos los aspectos que sean necesarios para su correcta ejecución. Por su parte, no puede el presidente saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de reglamentación por el legislador, pues si se repite con exactitud el contenido de las normas reglamentadas se violaría el principio conocido como «prohibición de tautología legal». Ver Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2014. Rad. 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973). C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

¹⁶ De acuerdo con la Sentencia C 037 de 2000, si bien la Constitución Política no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes.

¹⁷ Ver entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional C-162 de 2008; C-823 de 2011; C-810 de 2014. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2010. Rad. 11001-

- i) La potestad reglamentaria se ve restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos. Tanto así, que se ha manifestado que la misma es inversamente proporcional a la extensión de la ley.
- ii) El Presidente no podrá establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuera supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico.
- iii) Cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes solo puede ser definida por el propio legislador.
- iv) El ejercicio de la función reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria.
- v) La potestad reglamentaria no puede incluir requisitos adicionales a los previstos en la ley, y no le es posible al Gobierno desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la administración.

De acuerdo con lo anterior, la potestad reglamentaria no puede ejercerse para ampliar o reducir el ámbito de aplicación de la ley. Por ello, aunque el parágrafo 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento permite reglamentar los factores de desempate en los casos en que concurren dos o más de los criterios allí previstos, es necesario tener en cuenta que –de acuerdo con el inciso primero– los factores se aplican en orden sucesivo y excluyente, por lo que queda descartada su concurrencia.

Por tanto, no es posible modificar el ámbito de aplicación de la norma, los criterios de desempate ni el orden de su aplicación sucesiva y excluyente. A lo sumo, como dispone el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, puede determinarse cómo se acredita cada criterio. De hecho, la disposición adicionada es congruente con el ámbito de aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ya que –conforme a los tres (3) supuestos explicados *ut supra*– la reglamentación que entrará en vigencia tres (3) meses contados a partir de su fecha de expedición también aplica «[...] en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, *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 [...]» (Énfasis fuera de texto).

03-25-000-2005-00125-00(5242-05). C.P. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



3. Respuesta

«¿el entendimiento de ACOAS es correcto, y por ende no les es aplicable los factores de desempate dispuestos en el artículo 35 de la Ley 2069 del 2020 al proceso de selección del corredor de seguros?».

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, los factores de desempate aplican en tres (3) supuestos diferentes: i) para los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, ii) para los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación y iii) para los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. En esta medida, el hecho de que los factores de desempate no apliquen en virtud del *primer supuesto*, no significa que dejen de regir por lo previsto en los dos (2) restantes. Lo anterior en la medida que son tres (3) hipótesis distintas de aplicación de los factores de desempate en el sistema de compras y contratación pública.

Aunque para el *primer supuesto* es jurídicamente relevante la naturaleza pública de los recursos, el *segundo supuesto* hace abstracción de este requisito cuando dispone que los factores de desempate rigen también en «[...] *los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación* [...]» (Énfasis fuera de texto). Dado que este apartado de la norma no distingue si existe o no ejecución de recursos públicos, la Agencia entiende que aplica a ambos supuestos bajo la máxima hermenéutica según la cual donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir. Por tanto, si bien es cierto que en los procesos de los corredores de seguros no existe ejecución de recursos públicos, la Agencia considera que aplican los factores de desempate en virtud del segundo supuesto previsto en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Igualmente, aunque en la solicitud se alude a la posibilidad de limitar la aplicación de los factores de desempate por lo previsto en el párrafo 3 de la norma citada en el párrafo precedente, la potestad reglamentaria no puede ejercerse para ampliar o reducir el ámbito de aplicación de la ley. De hecho, si bien la norma permite reglamentar los factores de desempate en los casos en que concurren dos o más de los criterios allí previstos, es necesario tener en cuenta que –de acuerdo con el inciso primero– los factores se aplican en orden sucesivo y excluyente, por lo que queda descartada su concurrencia.

Por tanto, no es posible modificar el ámbito de aplicación de la norma, los criterios de desempate ni el orden de su aplicación sucesivo y excluyente. A lo sumo, como dispone el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, puede determinarse cómo se acredita cada criterio. De hecho, la disposición adicionada es congruente con el ámbito de aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ya que –conforme a los tres (3) supuestos explicados *ut supra*– la

reglamentación que entrará en vigencia tres (3) meses contados a partir de su fecha de expedición también aplica «[...] en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, *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 [...]» (Énfasis fuera de texto).

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

