CCE-DES-FM-17

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

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 1.150 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.

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

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 la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, 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 similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

Pero, 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. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se halla 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.

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población. Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

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

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

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

**LEY DE EMPRENDIMIENTO ­– Ley 2069 de 2020 – Economía solidaria – Cooperativas – Asociaciones mutuales – Clasificación como mipymes**

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, las cooperativas, las asociaciones mutuales y en general las entidades consideradas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998, a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, son consideradas empresas. Asimismo, el referido artículo 23, dispone que estas entidades deben ser clasificadas como mipymes de acuerdo con el Decreto 957 de 2020. Unos de los efectos prácticos de esta disposición es que las entidades de economía solidaria cuyo tamaño empresarial las categorice como mipyme, están facultadas para participar en procesos de selección limitados a mipymes de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Los factores de desempate de los numerales 8, 9, y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en los que se ordena preferir ofertas presentadas por mipymes o proponentes plurales conformados por estas, también serán aplicables respecto de entidades de economía solidaria como cooperativas y asociaciones mutuales.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación**

[…], estos numerales no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

Radicado No. RS20210303001597

Bogotá, 02 Marzo 2021

Señora

**Karen Bibiana Delgado Manjarrés**

Medellín, Antioquia

 **Concepto C ‒ 044 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / LEY DE EMPRENDIMIENTO ¬– Ley 2069 de 2020 – Economía solidaria – Cooperativas – Asociaciones mutuales – Clasificación como mipymes / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210122000496 |

Estimada señora Delgado:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 22 de enero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas, relacionadas con el contenido del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia»:

«[…] ¿Se tomará a las entidades de la economía solidaria como MiPymes para la aplicación de los factores de desempate, y la solicitud de limitación a MiPymes de procesos de contratación?

¿el numeral 5 del artículo 33 se aplica de manera independiente, o es el mismo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? ¿Se aplica indistintamente de la modalidad de selección mediante la cual se adelanta el proceso de contratación?

¿Deben las entidades aplicar de manera inmediatamente en los procesos de contratación los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? ¿Deben las entidades aplicar de manera gradual en los procesos de contratación los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? De ser afirmativa la respuesta ¿En qué orden o gradualidad deberán aplicar dichos factores?

¿Cuál o cuáles son los mecanismos y/o documentos más idóneos que las entidades deberían solicitar para el cumplimiento de cada uno de los factores de desempate determinados? Es decir:

¿Cómo se acredita la calidad de mujer cabeza de familia, la calidad de mujer víctima de la violencia intrafamiliar?

¿Cómo se acredita el estado de no beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia?

¿Cómo se acredita o que se debe solicitar para acreditar el hacer parte de población indígena, o negra, afrocolombiana, o raizal, o palanquera, o de la población Rrom o gitanas?

¿Qué documento certificaría que la propuesta es presentada por de personas en proceso de reintegración o reincorporación?

¿Cómo se certificaría la calidad de asociaciones mutuales? […]». (sic)

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar 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 y iii) forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 04 de febrero de 2021 y C-006 del 5 de febrero de 2021, se estudiaron los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**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 1.150 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 la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, 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 similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Pero, 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. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se encuentra 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[[1]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-3). Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

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 dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

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 la interpretación del artículo 35 de la referida Ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.3. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «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». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Además, si existe un tratado o acuerdo comercial que establezca disposiciones especiales en materia de compras y contratación pública, prevalece la regulación contenida en aquel. Esta conclusión también se fundamenta en el artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ La Ley 2069 de 2020 no establece que ante la existencia de tratados o acuerdos comerciales que rijan el procedimiento de selección el órgano contratante se debe abstener de aplicar algunos numerales del artículo 35, sino que lo que indica es que la entidad estatal debe consultar en cada caso cuáles son las disposiciones del acuerdo comercial y si son o no compatibles con los factores de desempate. En caso negativo, prevalece el tratado.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[9]](#footnote-10). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

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. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, es menester hacer referencia al objeto de la consulta. Al respecto, en la medida en que se indaga en torno a la aplicación de los factores de desempate del artículo 35, y lo dispuesto en el artículo 33–5 de la Ley 2069 de 2020, debe aclararse que la aplicación de ambas normas, si bien guardan cierta relación sustantiva, no está supeditada.

El artículo 12 de la Ley 590 de 2000 impuso una serie de deberes, en principio, dirigidos a las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendientes a la adopción de ciertas medidas diferenciales en favor de las mipymes en el marco de desarrollo de procesos de contratación, como la de preferir «4. [...] en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales». Dicho artículo 12 de la Ley 590 de 2000, fue modificado por el artículo 33 de la Ley 2069 de 2020, el cual no solo agregó nuevos deberes dirigidos a la promoción del acceso a las mipymes al mercado de compras públicas, sino que extendió su ámbito de aplicación al involucrar ya no solo a las entidades regidas por el EGCAP, sino también a todas las entidades estatales sin importar su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos. En el marco de tal modificación, aunque con una redacción más acorde con el nuevo ámbito de aplicación del artículo, se conservó en el numeral 5 el deber de preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las mipymes nacionales.

Ahora bien, la materialización de dicho deber de preferir las ofertas presentadas por mipymes nacionales en situaciones de empate, en su momento fue reglamentada por el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en el que se desarrollaron los factores de desempate aplicables a procesos de selección adelantados en aplicación del EGCAP. Esta última disposición, como se viene explicando, ha perdido vigencia tras la expedición del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, a través del cual el legislador determinó cuales son los factores de desempate que deberán aplicarse, ya no solo en los procedimientos adelantados conforme al EGCAP, sino en todos aquellos celebrados por entidades estatales sin atención a su régimen de contratación, patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas y particulares que ejecuten recursos públicos.

De acuerdo con esto, el contenido del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, constituye un desarrollo normativo de lo dispuesto en el artículo 12-5 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 2069 de 2020. Esto en la medida en que, como en su momento lo hizo el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, el artículo 35 *Ibídem* introduce reglas objetivas a partir de cuya aplicación las entidades llamadas a preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio las ofertas presentadas por mipymes nacionales, puedan cumplir con dicho deber en el desarrollo de sus procesos contratación. En ese sentido, la aplicación de factores de desempate como los establecidos en los numerales 9 y 10 del artículo 35, es la manera en la que las entidades estatales cumplen con el deber de preferir en circunstancias de empate a las propuestas presentadas por mipymes nacionales, de acuerdo con el artículo 12-5 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 2069 de 2020.

Por otro lado, respecto de las modalidades de selección en las 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.

En la consulta se formulan preguntas sobre el sentido y forma de acreditación de los factores de desempate previstos en los numerales 2, 4, 5, 6, 7 y 9, así como frente al contenido del primer inciso del artículo 35 sobre los compromisos contenidos en los tratados o acuerdos comerciales. Las disposiciones normativas, objeto de consulta, están redactadas de la siguiente manera:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes

[…]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

[…]

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

8. Preferir la oferta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un propone

9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.

10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de pagos realizados a MIPyrvlES, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una MIPYME, cooperativa o asociación mutual que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutual aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural […].

Como se advierte, estos numerales no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

Así, en relación con el numeral 2 del artículo 35, como lo ha indicado la Corte Constitucional, «[…] la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental»[[10]](#footnote-11). El proponente también podrá acreditar que la oferta ha sido presentada por mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, situación que, como también ha precisado la Corte Constitucional, se define como «[…] aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia»[[11]](#footnote-12).

El parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 –«Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia»– establece que «La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo». Por lo tanto, a menos que una norma posterior disponga lo contrario, tal declaración basta para acreditar la condición de mujer cabeza de familia[[12]](#footnote-13).

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, dispone que «Las situaciones de violencia que dan lugar a la atención de las mujeres, sus hijos e hijas, se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales». Según los artículos 16 y 17 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este el juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena –en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas–. La medida de protección se debe emitir en una providencia motivada. Por lo tanto, este documento permite acreditar la situación de mujer víctima de violencia intrafamiliar. Las autoridades competentes mencionadas con anterioridad deben «[…] remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos», según lo determina el parágrafo 3 del artículo 17 de la referida Ley. En consecuencia, no basta la copia de la denuncia en la Fiscalía para acreditar que se es víctima de violencia intrafamiliar, pues se requiere la providencia que establezca la medida de protección procedente.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece que este factor de desempate únicamente puede aplicarse cuando en la persona jurídica existe participación mayoritaria *solo* de mujeres cabeza de familia o *solo* de mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar. Lo que dispone es que se debe «Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe *o participen* mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe *o participen* mayoritariamente» [cursiva fuera de texto]. Como se observa, la norma utiliza la expresión «[…] o participen […]», lo que significa que permite aplicar el factor de desempate cuando en una misma persona jurídica participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar.

Para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la «persona jurídica», en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

El artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. El decreto reglamentario que se expida podría precisar con mayor nitidez este requisito. A menos que se indicara lo contrario en dicha reglamentación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española dice que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[13]](#footnote-14). Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo a la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 35, numeral 2 de la Ley 2069 de 2020, si en un procedimiento de selección se presenta una persona jurídica o proponente plural en los que la participación mayoritaria en las utilidades es de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, se prefiere a este sobre los demás oferentes. En relación con la coexistencia de causales, se debe aplicar lo que determina el parágrafo del artículo 35 de la mencionada Ley, según el cual «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En ausencia de esta reglamentación, conforme al inciso primero de la norma citada, las entidades deberán aplicar los factores de desempate en forma sucesiva y excluyente.

Teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo al aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando». Al menos no es eso lo que se deduce del derecho societario, como ya se explicó. En consecuencia, no basta con que uno de los integrantes del consorcio o unión temporal tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demostrar la participación de las mismas, según el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

En relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, la interpretación más razonable es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define en el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

El numeral dice que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[…] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». El reglamento podría establecer un método diferente, por ejemplo, definiendo porcentajes, pero hasta ahora esto no ha sucedido.

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferente, dicho criterio de desempate se debe aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debe acreditar la proporción de personas mayores vinculadas a aquel y que además «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», para beneficiarse del factor de desempate. La norma guarda silencio sobre la acreditación de la condición que da lugar al factor de desempate. Por tanto, esta Agencia considera que, sin perjuicio de que el reglamento que expida el gobierno nacional determine un medio de acreditación especial, existe libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad contratante puede determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál será el medio para evidenciar la vinculación de las personas mayores por parte del oferente.

En lo que respecta al numeral 5, es decir, a la pertenencia a la «[…] población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas», es importante hacer algunas precisiones frente a cada grupo poblacional. El artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT –«Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»–, aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, caracteriza la «población indígena» como aquella que desciende de grupos que «[…] habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»[[14]](#footnote-15).

Por su parte, el artículo 2, numeral 5, de la Ley 70 de 1993 dispone que «comunidad negra» «Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos». De otro lado, «La población afrocolombiana está compuesta por hombres y mujeres con una marcada ascendencia (lingüística, étnica y cultural) africana. Los y las afrocolombianos(as) son algunos de los descendientes de africanos y africanas –provenientes de diversas regiones y etnias de África– que llegaron al continente americano en calidad de esclavos»[[15]](#footnote-16).

La «población raizal», «Es la población nativa de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina descendientes de la unión entre europeos (principalmente ingleses, españoles y holandeses) y esclavos africanos. Se distinguen por su cultura, lengua (creole), creencias religiosas (iglesia bautista) y pasado histórico similar a los pueblos antillanos como Jamaica y Haití»[[16]](#footnote-17). La «población palenquera» «[…] está conformada por los descendientes de los esclavizados que mediante actos de resistencia y de libertad, se refugiaron en los territorios de la Costa Norte de Colombia desde el Siglo XV denominados palenques. Existen 4 Palenques reconocidos: San Basilio de Palenque (Mahates – Bolívar), San José de Uré (Córdoba), Jacobo Pérez Escobar (Magdalena) y La Libertad (Sucre)»[[17]](#footnote-18).

En cuanto al Pueblo «Rrom» o «gitano» conviene indicar que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2957 del 6 de agosto de 2010, «El Estado colombiano reconoce a los Rom o Gitanos como un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales»[[18]](#footnote-19). Lo importante es que la competencia para la caracterización y registro de cualquiera de los grupos poblacionales anteriormente mencionados reside en el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura y el Departamento Nacional de Estadística –DANE–, por lo cual se sugiere complementar esta información con dichas entidades.

El numeral 5 del artículo 35 no distingue tipos de oferentes. En razón de ello, también se aplica a proponentes plurales, que acrediten «[…], en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas». Ahora bien, sin perjuicio de lo que establezca el reglamento que expida el gobierno nacional, esta Agencia considera que se debe aplicar la normativa vigente sobre la materia, que establece que el Ministerio del Interior es la autoridad encargada de certificar la pertenencia a las poblaciones indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitanas. Lo anterior, se fundamenta en las competencias de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, así como de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, de dicho Ministerio[[19]](#footnote-20). En tal sentido, el proponente deberá acreditar que por lo menos el 10% de sus trabajadores pertenece a estas poblaciones.

Frente al numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que se refiere a las propuestas de «personas en proceso de reintegración o reincorporación», vale señalar que se trata de aquellas personas que hayan pertenecido a grupos al margen de la ley y que se encuentren en proceso de reintegración a la sociedad. La Agencia para la Reincorporación y la Normalización –ARN–, es la «[…] entidad adscrita a la Presidencia de la República, que está encargada de coordinar, asesorar y ejecutar –con otras entidades públicas y privadas– la Ruta de Reintegración de las personas desmovilizadas de los grupos armados al margen de la ley»[[20]](#footnote-21) y, por tanto, ante ella se puede obtener información sobre la acreditación de dicha circunstancia.

La Agencia reitera que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo al aporte en dinero o trabajo. Esta misma acepción aplica para lo establecido en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Como se observa, no es la planta de personal, sino la participación en la persona jurídica o en el proponente plural lo que se tiene en cuenta. Frente a la coexistencia de causales, se debe aplicar lo que determina el parágrafo del artículo 35 de la mencionada Ley, según el cual «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En ausencia de esta reglamentación, conforme al inciso primero de la norma citada, las entidades deberán aplicar los factores de desempate en forma sucesiva y excluyente.

Por otra parte, el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 establece el deber de «Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales» –es decir, que el sujeto del factor de desempate es el proponente plural–. En contraste, el numeral 8 permite aplicar el criterio de desempate a favor de las mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales, individualmente consideradas. Sobre su acreditación nos detendremos más adelante.

Finalmente, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

**2.4. Las cooperativas y asociaciones mutuales en la Ley 2069 de 2020**

La Ley 2069 de 2020 contiene varias normas en las que se hacen referencias expresas a las cooperativas y las asociaciones mutuales, algunas incluidas en el capítulo alusivo a sistemas de compras públicas y otras en el capítulo precedente sobre medidas para la racionalización y simplificación de procesos. Para determinar los efectos de tales disposiciones es necesario precisar los conceptos de estas modalidades asociativas.

Las asociaciones mutuales, según el artículo 2 del Decreto 1480 de 1989, «[…] son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social». Dicha norma, que define la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales, fue modificada por el artículo 21 de la Ley 2069 de 2020, el cual conservó gran parte de la anterior definición, pero adicionando a los servicios de seguridad social la prestación de servicios relacionados con «[…] seguridad alimentaria, producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados»[[21]](#footnote-22). Este tipo de asociaciones, en principio, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1480 de 1989 debían ser constituidas mediante documento privado suscrito por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales, sin embargo, dicho umbral también fue modificado por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020, el cual disminuyó el requerimiento a un mínimo a diez (10) personas[[22]](#footnote-23).

 Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 establece que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general». El artículo 14 de la Ley 79 de 1988[[23]](#footnote-24) establece que las cooperativas deben ser constituidas en asamblea en la que se aprueben sus estatutos, se conformen los órganos de administración y se levante acta suscrita por un mínimo de veinte (20) fundadores. No obstante, de manera análoga a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020 respecto de las asociaciones mutuales, el artículo 22 de dicha norma modifica el mínimo de socios fundadores reduciéndolo a tres (3), disponiendo además algunas medidas dirigidas a regular la concentración de la participación en las cooperativas con menos de diez (10) socios[[24]](#footnote-25).

 Es necesario destacar que, al margen de lo regulado por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1480 de 1989, tanto las asociaciones mutuales como las cooperativas tienen la calidad de empresas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998[[25]](#footnote-26). El artículo 2 de la Ley 454 de 1998, define la economía solidaria como el «sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía».

 Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las asociaciones mutuales, cooperativas y las demás entidades de economía solidaria a empresas, disponiendo además que estas deberán ser clasificadas como mipymes de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial[[26]](#footnote-27). El principal efecto de esta norma es que, a las cooperativas y las asociaciones mutuales, al ser consideradas como mipymes, les son aplicables las disposiciones alusivas a estas contenidas en la Ley 2069 de 2020.

 Es necesario mencionar que la asimilación dispuesta por el artículo 23 *ejusdem,* no implica una alteración sustantiva de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y las cooperativas y las empresas de economía solidaria, concebidas por la ley como entidades sin ánimo de lucro, toda vez que tal asimilación es circunscrita a la aplicación de las materias reguladas por la Ley 2069 de 2020. En ese sentido, el mandato de considerar este tipo de entidades como empresas y clasificarlas como mipymes, es una acción tendiente a vincularlas como proveedoras del mercado de compra públicas dentro del ámbito de explotación económica que la ley les ha concedido a estas entidades del sector solidario, el cual ha sido ampliado por la Ley 2069 de 2020[[27]](#footnote-28).

 En ese sentido, la entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, avala la posibilidad de que cooperativas, asociaciones mutuales y demás entes asociativos considerados de economía solidaria según el artículo 6 de la Ley 454 de 1998, que sean clasificados como mipymes, puedan participar en procesos de selección limitados a mipymes, conforme a lo regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Esto quiere decir que, en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, entidades como asociaciones mutuales y cooperativas, que en virtud de su tamaño empresarial sean consideradas como mipymes, podrán participar en las convocatorias limitadas a estas, pudiendo incluso manifestar su interés de participar en el proceso de selección de manera previa a la expedición de la resolución de apertura, a efectos de que se limite la participación.

Para efectos de la consulta, conviene preguntarse qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. Conforme a lo explicado en el Concepto C-043 del 9 de febrero de 2020, dicho artículo del Decreto reglamentario no está vigente, porque su contenido es contrario al artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

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

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

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

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

Las diferencias evidenciadas son suficientes para mostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Entonces, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, esta disposición debe entenderse derogada.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

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

 El factor de desempate establecido en el numeral 9 del artículo 35 *Ibídem* contiene dos supuestos de hecho alternativos cuya acreditación insta a preferir la oferta presentada por el respectivo proponente. El primero de ellos requiere que el proponente acredite de acuerdo con sus estados financieros, que por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de los pagos realizados por concepto de proveeduría del proponente, se hayan realizado a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. El segundo supuesto de hecho indica que debe preferirse la oferta presentada por un proponente plural que reúna las siguientes condiciones: a) estar conformado por al menos una mipyme, cooperativa o asociación mutual con al menos un veinticinco por ciento de participación; b) la mipyme, cooperativa o asociación mutual aporte como mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia (25%); y c) que ni la mipyme, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

 Nótese que los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 hacen referencia expresa a mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, lo que, en principio, supone que la aplicación de tales factores de desempate requiere acreditar que la oferta presentada por el proponente singular o plural involucra entidades con dichas calidades. Esto quiere decir que, para que se apliquen los numerales 8 y 9, los proponentes deben demostrar que son cooperativas o asociaciones mutuales, independientemente de cuál sea su clasificación empresarial.

 En ese sentido, la acreditación de las condiciones de cooperativa o asociación mutual debe darse conforme a las normas que regulan el registro de tales modalidades asociativas. Sobre el particular, los artículos 143 y 144 del Decreto 2150 de 1995, en tanto entidades sin ánimo de lucro, le hace extensivas a las cooperativas y asociaciones mutuales las normas relativas al registro, prueba de la existencia y representación legal de estas[[28]](#footnote-29). El artículo 24 del Decreto 2150 de 1995, establece que la prueba de la existencia y representación debe realizarse mediante certificación expedida por la cámara de comercio competente.[[29]](#footnote-30) Esta disposición es concordante con el artículo 63 de la Ley 454 de 1998, en el que se atribuye a las cámaras de comercio de los respectivos ámbitos territoriales, la competencia de realizar el registro de los actos de las empresas de economía solidaria en sus distintas modalidades[[30]](#footnote-31).

 De acuerdo con lo anterior, la acreditación de los factores de desempate de los numerales 8 y 9 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en criterio de esta Agencia, requiere que se demuestre la calidad de cooperativa o asociación mutual mediante certificado de existencia y representación expedido por la respectiva cámara de comercio. Sin embargo, no hay que perder de vista lo dispuesto por el parágrafo primero del artículo 35, el cual limita a la aplicación de factores de desempate a las cooperativas y asociaciones mutuales «[…] que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas». Esto sugiere que, para cumplir con los supuestos de hecho de estos factores de desempate, además de la existencia de la respectiva cooperativa o asociación mutual, deba además acreditarse su tamaño empresarial de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015.

A modo de conclusión del presente numeral, se destaca que las cooperativas y asociaciones mutuales son sujetos regulados por la Ley 2069 de 2020, cuyos artículos 20, 21 y 22 regulan aspectos relativos a su naturaleza jurídica y constitución. Asimismo, el artículo 23 dispone su asimilación a empresas y su clasificación como mipymes a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, disposición que tiene el efecto práctico de permitir a tales entidades que –una vez reglamentado el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento– participen en procesos de selección limitados a mipymes. Dichos tipos de entidades solidarias, a su vez son considerados por el artículo 35, en el que se desarrollan varios factores de desempate que instan a preferir ofertas presentadas por asociaciones mutuales y cooperativas o proponentes plurales conformados por estas.

**3. Respuestas**

«[…] ¿Se tomará a las entidades de la economía solidaria como MiPymes para la aplicación de los factores de desempate, y la solicitud de limitación a MiPymes de procesos de contratación? […]»

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, las cooperativas, las asociaciones mutuales y en general las entidades consideradas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998, a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, son consideradas empresas. Asimismo, el referido artículo 23, dispone que estas entidades deben ser clasificadas como mipymes de acuerdo con el Decreto 957 de 2020.

 Unos de los efectos prácticos de esta disposición es que –una vez reglamentado el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento– las entidades de economía solidaria cuyo tamaño empresarial las categorice como mipyme, están facultadas para participar en procesos de selección limitados a mipymes de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, los factores de desempate de los numerales 8, 9, y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en los que se ordena preferir ofertas presentadas por mipymes o proponentes plurales conformados por estas, también serán aplicables respecto de entidades de economía solidaria como cooperativas y asociaciones mutuales.

«[…] el numeral 5 del artículo 33 se aplica de manera independiente, o es el mismo establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? ¿Se aplica indistintamente de la modalidad de selección mediante la cual se adelanta el proceso de contratación? […]»

De conformidad con lo expuesto, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, constituye un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 33.5 de dicha ley. Esto en la medida en que aquel desarrolla en sus numerales 8, 9 y 10 reglas objetivas a partir de las cuales las entidades estatales pueden preferir en condiciones de igualdad de precio, calidad y capacidad de suministros y servicio, las ofertas presentadas mipymes, sin vulnerar el principio de selección objetiva

Dicho mandato de preferir en situaciones de empate a las ofertas presentadas por mipymes aplicando los factores de desempate, de conformidad con los incisos primeros de los artículos 33 y 35 de la Ley 2069 de 2020, debe aplicarse en los procesos de contratación realizados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como en los celebrados por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales.

Tales artículos no limitan su aplicación a una modalidad de selección en específico, por lo que deben aplicarse en todos los procesos con pluralidad de oferentes adelantados por las entidades estatales, independientemente de su régimen de contratación, al igual que en los celebrados por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales.

«[…] Deben las entidades aplicar de manera inmediatamente en los procesos de contratación los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? ¿Deben las entidades aplicar de manera gradual en los procesos de contratación los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020? De ser afirmativa la respuesta ¿En qué orden o gradualidad deberán aplicar dichos factores? […]»

Sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, se concluye que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y no requiere de una reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección. En tal sentido, los factores de desempate contemplados en dicha norma rigen desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020, no habiéndose dispuesto algún régimen de transición normativa para su aplicación.

Al respecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

«[…] ¿Cuál o cuáles son los mecanismos y/o documentos más idóneos que las entidades deberían solicitar para el cumplimiento de cada uno de los factores de desempate determinados? Es decir:

¿Cómo se acredita la calidad de mujer cabeza de familia, la calidad de mujer víctima de la violencia intrafamiliar?

¿Cómo se acredita el estado de no beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia?

¿Cómo se acredita o que se debe solicitar para acreditar el hacer parte de población indígena, o negra, afrocolombiana, o raizal, o palanquera, o de la población Rrom o gitanas?

¿Qué documento certificaría que la propuesta es presentada por de personas en proceso de reintegración o reincorporación?

¿Cómo se certificaría la calidad de asociaciones mutuales? […]»

Los numerales 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

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

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

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

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

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

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-10)
10. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-11)
11. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-12)
12. Así lo admitió el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto con radicado No. 20206000017881, del 22 de enero de 2020. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=115437 [↑](#footnote-ref-13)
13. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-14)
14. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf [↑](#footnote-ref-15)
15. Ministerio de Cultura. Afrocolombianos, población con huellas de africanía. Disponible en: https://mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf [↑](#footnote-ref-16)
16. Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277 [↑](#footnote-ref-17)
17. Ibíd. [↑](#footnote-ref-18)
18. Según el numeral 3 del artículo 4 del Decreto 2957 de 2010, «Para los Rom, el acto físico de ir de un lugar a otro es apenas un aspecto de su identidad cultural y de su estilo de vida. Dado que el nomadismo significa ante todo una manera de ver el mundo, una actitud particular respecto a la vivienda, al trabajo y a la vida en general, el nomadismo sustenta y da vida a una cosmovisión particular y radicalmente diferente a la que ostentan los pueblos sedentarios. El grupo étnico Rom o Gitano continúa siendo nómada aun cuando no esté realizando desplazamientos permanentemente por cuanto el nomadismo, además, es un estado que hace parte de su espiritualidad e imaginario colectivo». [↑](#footnote-ref-19)
19. En: https://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/funciones-y-deberes [↑](#footnote-ref-20)
20. En: http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia [↑](#footnote-ref-21)
21. «Artículo 21. Naturaleza de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 2° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: “Artículo 2° Naturaleza. Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social, seguridad alimentaria y producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados.

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

 [↑](#footnote-ref-22)
22. «Artículo 20. Constitución de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 7° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: "Artículo 7° Constitución. Las Asociaciones Mutuales se constituirán con un mínimo de diez (10) personas naturales, por documento privado que se hará constar en acta firmada por todos los asociados fundadores, con anotación de sus nombres, documentos de identificación y domicilios. En el mismo acto será aprobado el estatuto social y elegidos los órganos de administración y control”». [↑](#footnote-ref-23)
23. «Artículo 14. La constitución de toda cooperativa se hará en asamblea de constitución, en la cual serán aprobados los estatutos y nombrados en prioridad los órganos de administración y vigilancia.

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

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

   »El número mínimo de fundadores será de veinte, salvo las excepciones consagradas en normas especiales». [↑](#footnote-ref-24)
24. «Artículo 22. Constitución de cooperativas. Modifíquese el inciso 40 del artículo 14 de la ley 79 de 1988, el cual quedará así:

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

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

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

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

»Parágrafo primero. Cuando la Cooperativa supere los 10 asociados, deberá en un término máximo improrrogable de 6 meses, ajustar el monto mínimo de aportes que debe tener cada asociado y nombrar los órganos de administración y vigilancia, conforme a las reglas de la Ley 79 de 1988». [↑](#footnote-ref-25)
25. «Artículo 6o. Características de las organizaciones de economía solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

»Parágrafo 2o. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo». [↑](#footnote-ref-26)
26. «Artículo 23. De conformidad con lo establecido por los artículos 4° de la Ley 79 de 1988 y 6° de la Ley 454 de 1988, las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria son empresas. En tal virtud, para los efectos de la presente ley, las entidades de economía solidaria serán clasificadas como Mipymes en los términos establecidos por el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen, deroguen o adicionen, sin perjuicio de la normatividad específica aplicable a sus diferentes figuras jurídicas, ni del marco de competencias institucionales de Gobierno para su fomento, fortalecimiento, inspección, control y vigilancia». [↑](#footnote-ref-27)
27. [↑](#footnote-ref-28)
28. «Artículo 143 . Constitución de entidades de naturaleza cooperativa, fondos de empleados y asociaciones mutuas. Las entidades de naturaleza cooperativa, los fondos de empleados y las asociaciones mutuales, así como sus organismos de integración y las instituciones auxiliares del cooperativismo, son entidades sin ánimo de lucro y se constituirán por escritura pública o documento privado, el cual deberá ser suscrito por todos los asociados fundadores y contener constancia acerca de la aprobación de los estatutos de la empresa asociativa.

 »Parágrafo. Las entidades de que trata el presente artículo formarán una persona distinta de sus miembros individualmente considerados, cuando se realice su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la empresa asociativa, el fondo de empleados o la asociación mutua».

»Artículo 144 . Registro en las cámaras de comercio. La inscripción en el registro de las entidades previstas en el artículo anterior, se someterá al mismo régimen previsto para las demás entidades privadas sin ánimo de lucro, contenido en el Capítulo II del Título I de este Decreto». [↑](#footnote-ref-29)
29. «Artículo 43 . Prueba de la existencia y representación legal. La existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere este capítulo, se probará con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos, tarifas y condiciones que regulan sus servicios». [↑](#footnote-ref-30)
30. «Artículo 63. Registro e inscripción. Los actos de registro e inscripción de las entidades de la economía solidaria a que se refiere la presente ley, se realizarán ante la cámara de comercio de su domicilio principal, de conformidad con las normas del registro mercantil. Para el registro del acto de constitución, será condición previa la presentación del certificado de acreditación sobre educación solidaria, expedido por la Unidad Administrativa Especial para las Entidades Solidarias.

»Las entidades del sector de la economía solidaria que manejen, aprovechen o inviertan recursos de asociados o de terceros o que desarrollen cualquier actividad que requiera autorización o reconocimiento especial, deberán obtenerlos y presentarlos previamente, para que proceda el respectivo registro o inscripción. Dicha autorización o reconocimiento serán emitidos por la entidad encargada de su supervisión o por la entidad que corresponda, de conformidad con el procedimiento establecido en la normatividad vigente para cada caso. En todo caso, serán objeto de registro y en esa medida surtirán efecto, los actos que aprueben fusiones, escisiones, transformaciones, incorporaciones y conversiones.

»Las cámaras de comercio se abstendrán de inscribir a una entidad del sector de la economía solidaria, con el mismo nombre de otra entidad mercantil o sin ánimo de lucro ya inscrita, mientras este registro no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud del representante legal respectivo. Igualmente, las Cámaras de Comercio establecerán mecanismos que permitan el intercambio eficaz de información con la Superintendencia o entidad que ejerza control."

»Parágrafo. Las cámaras de comercio llevarán el registro de las entidades de economía solidaria establecido en el artículo 6 de la Ley 454 de 1998 en los mismos términos y con las mismas tarifas previstos para el registro mercantil». [↑](#footnote-ref-31)