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 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

**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**

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

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. Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

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

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. De igual forma, 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.

**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.



Bogotá, 01 Junio 2021

Señora

**Claudia Patricia Correa Malaver**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 265 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 / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210422003373 |

Estimada señora Correa Malaver:

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 abril 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»:

i). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

ii). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

iii). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

iv). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

v). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

vi). Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 11 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

vii). ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

viii). ¿A qué se refiere la expresión: “en el cual participe o participen mayoritariamente” mencionado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

ix). ¿En caso de que la oferta sea presentada por un proponente plural todos los miembros del consorcio deben acreditar el factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, o basta con que solo uno lo acredite?

x). ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

xi). ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

xii). ¿A qué se refiere la expresión: “en el cual participe o participen mayoritariamente” mencionado en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

xiii). ¿En caso de que la oferta sea presentada por un proponente plural todos los miembros del consorcio deben acreditar el factor de desempate del numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, o basta con que solo uno lo acredite?

xiv). ¿El personal del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínima en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xv). ¿El personal del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínima en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xvi). ¿El personal del numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xvii). ¿El personal del numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xviii). ¿El personal del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

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, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021,C-008 del 16 de febrero de 2021, C-081, C-087 y C-089 del 23 de febrero de 2021, C-044 del de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C‒055 del 10 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-176 del 19 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021 y C-206 del 3 de mayo de 2021, se estudiaron los factores de desempate del 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 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende 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.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-1).

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-2). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3).

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

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. Los factores de desempate introducidos por la Ley de Emprendimiento**

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.

***2.3.1.* Aplicación directa del artículo 35 de la Ley 2069**

Pese a que el parágrafo 3 del artículo 35 *ibídem* 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.

***2.3.2.* Aplicación y acreditación de los factores de desempate**

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 necesario hacer referencia al objeto de la consulta. En ella 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 11 del artículo 35. Tales disposiciones normativas están redactadas de la siguiente manera:

[…]

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.

[…]

11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.

[…].

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»[[9]](#footnote-9). 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»[[10]](#footnote-10).

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

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»[[12]](#footnote-12). 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 en comento, 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, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define 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. En todo caso, conforme a lo explicado en el Concepto 206 del 3 de mayo de 2021, también existe de la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que – sin perjuicio de lo que defina el reglamento– está más ajustada al principio de favorabilidad.

El numeral dispone 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», añadiendo que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «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». Igualmente, en el artículo 29 ibidem, también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso».

Conforme a la definición del Diccionario de la RAE, la palabra «proporción» es la «Igualdad de dos razones». Esta expresión tiene una definición propia en el campo de las matemáticas, pues alude a una relación o razón constante entre diferentes magnitudes que se vayan a medir. Por esta razón, la «[…] 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» no corresponde a un valor absoluto, sino relativo.

En efecto, el factor de desempate del artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 no se refiere a la «vinculación en mayor cantidad» de personas mayores. En este caso, bastaría comparar el número de personas vinculadas entre cada uno de los proponentes empatados, adjudicando el contrato a aquel que mas tenga. Sin embargo, esta interpretación no es posible en la medida que la norma se refiere a la «vinculación en mayor proporción», es decir el número de personas vinculadas en relación con la planta de personal de los oferentes.

Hasta ahora no existe un reglamento que defina el concepto de «vinculación en mayor proporción», por lo que debe entenderse conforme a las pautas hermenéuticas del Código Civil. Por tanto, es necesario precisar el alcance del Concepto C-015 del 4 de febrero de 2021 en el sentido que el artículo 35.4 de la Ley de Emprendimiento se refiere al número de personas vinculadas por el oferente 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», precisando que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

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»[[13]](#footnote-13).

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»[[14]](#footnote-14).

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

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»[[17]](#footnote-17). 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[[18]](#footnote-18). 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»[[19]](#footnote-19) y, por tanto, ante ella se puede obtener información sobre la acreditación de dicha circunstancia, pues dicha autoridad certifica esta condición.

Respecto del factor de desempate del numeral 6, esta 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. Ahora bien, tal como se dispuso líneas atrás, 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.

En lo que respecta al numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y considerando las inquietudes formuladas en la consulta, debe aclararse que, este aplica únicamente respecto de proponentes plurales, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en los tres literales. De acuerdo con el literal a), el proponente plural debe estar integrado por al menos una persona natural con la condición de 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. Las personas naturales y jurícas que reúnan estas condiciones deberán tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural. Según el literal b), las personas a las que se refiere el literal anterior, deberán aportar, como mínimo, el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta por el proponente plural.

Por su parte, el el literal c) indica que se debe preferir la oferta del proponente plural, si este cumple –además de los otros requisitos– con la condición de que ni la madre cabeza de familia, ni la 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». Es decir, que no sean empleados, socios o accionistas de los integrantes del consorcio o la unión temporal, sin perjuicio de su participación en la estructura plural. Así, por ejemplo, la madre cabeza de familia no podrá ser empleada de la «sociedad A» con la que integra un consorcio, pero sí deberá tener una participación independiente en este y aportarle su experiencia, lo cual es bien diferente a ser socia, accionista o empleada de uno de los miembros de dicho proponente plural.

Además, se precisa que el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en efecto, tiene como sujeto del factor de desempate al proponente plural. Pero, si se observa lo establecido en los numerales 2 y 6, respectivamente, se advierte que en ellos se regula el supuesto de la persona jurídica que se presenta individualmente y en la cual participan mayoritariamente mujeres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración.

En relación con la regla de desempate consagrada en el numeral 11 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que hace referencia a «las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES», dicha situación se acredita con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad en el que conste que reúne los requisitos del artículo 2 de la Ley 1901 de 2018. Esta norma establece que «Tendrán la denominación de sociedad BIC todas aquellas compañías que sean constituidas de conformidad con la legislación vigente para tales efectos, las cuales, además del beneficio e interés de sus accionistas, actuarán en procura del interés de la colectividad y del medio ambiente». Según los artículos 2.2.1.15.3. y 2.2.1.15.5. del Decreto 2046 de 2019, corresponde a las cámaras de comercio el registro de las sociedades BIC y por lo tanto son las autoridades encargadas de acreditar su existencia. Como el numeral 11 del artículo 35 exige que la sociedad BIC haga parte del segmento mipymes, se debe tener en cuenta además la forma de acreditación del tamaño empresarial prevista en el artículo 2.2.1.13.2.4. del Decreto 957 de 2019[[20]](#footnote-20).

El artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015, entretanto, señala que «La Mipyme nacional debe acreditar su condición con un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, en el cual conste que la Mipyme tiene el tamaño empresarial establecido de conformidad con la ley».

Ahora bien, respecto de la aplicación de los factores de desempate que impliquen vinculación de *«capital humano»*, el parágrafo segundo del artículo 35 establece una limitación. Conforme a este parágrafo, para aplicar algunos factores de desempate «[…] el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año», lo que supone un requisito de antigüedad respecto de la vinculación de *«capital humano»*. Para los casos de sociedades con constitución inferior a un año, el parágrafo añade que «[…] se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma». Conforme a esta disposición, factores de desempate como los de los numerales 3, 4 y 5, cuyos supuestos de hecho suponen la vinculación a la *nómina* del proponente de personas con determinadas condiciones, solo son aplicables a quienes acrediten una antigüedad de al menos un año de tales vinculaciones, con excepción de las sociedades con menor tiempo de constitución, a las que se les permite beneficiarse de estos factores de desempate en consideración a los trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de su constitución.

En relación con los numerales 2, 6 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme se estableció *supra*, sus supuestos de hecho no se refieren vinculación de capital humano, ni a la pertenecía a la nómina o condición de *trabajador* del proponente, sino a la participación en las utilidades, conformación accionaria de la persona jurídica o proponente plural, por parte de personas que reúnan las condiciones a las que se refiere cada uno de tales numerales. Es decir, no es la vinculación laboral en la planta de personal sino la participación en los derechos de propiedad de la persona jurídica o su participación en el proponente plural lo que se tiene en cuenta, por lo que, por sustracción de materia, la aplicación de estos numerales no está condicionada por lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35 *ejusdem*.

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.

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.

**3. Respuestas**

«i) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

ii) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

iii) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

iv) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

v) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

vi) Desde el punto de vista organizacional, sírvase explicar: ¿Qué gestiones o trámites debe realizar la empresa para cumplir o acreditar el numeral 11 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?»

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». En este orden de ideas, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares, ni para validar hipótesis o actuaciones. En tales términos, considerando que la Ley 2069 de 2020 no regula trámites o procedimientos a seguir para acreditar los supuestos de hecho de los factores de desempate establecidos en su artículo 35, ni se ha expedido reglamento que así lo disponga, esta Agencia no tiene competencia para determinar «desde el punto de vista organizacional» que trámites o gestiones deba seguir un proponente para cumplir con los factores de desempate.

No obstante, conforme a las consideraciones expuestas, es claro que la Ley 2069 de 2020 tampoco establece medios específicos para acreditar las circunstancias a las que se refieren los numerales de su artículo 35. 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.

«vii) ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

viii) ¿A qué se refiere la expresión: “en el cual participe o participen mayoritariamente” mencionado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?»

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no dispone un porcentaje mínimo de personal que el oferente deba acreditar para beneficiarse de este factor de desempate, 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.

Así las cosas, 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»[[21]](#footnote-21). 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.

«ix) ¿En caso de que la oferta sea presentada por un proponente plural todos los miembros del consorcio deben acreditar el factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, o basta con que solo uno lo acredite?»

Para que un proponente plural pueda beneficiarse del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este debe estar constituido por: i) mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. En ese orden, para que un proponente plural pueda optar a la aplicación de este factor en su beneficio, cada uno de sus miembros deberá cumplir con alguna de estas dos condiciones.

«x) ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?»

La regla de desempate del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplica en 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». Conforme a lo expuesto, la expresión *«mayor proporción»* indica que la posibilidad de beneficiarse de este factor no se atribuye a quien acredite la mayor cantidad absoluta de personas mayores no beneficiarias de pensión –y que hayan cumplido la edad–, sino al proponente que demuestre la mayor cantidad relativa en relación con la totalidad de su planta de personal.

Al respecto se aclara que la norma no condiciona la aplicación de este factor a un porcentaje mínimo, sino a la acreditación en mayor proporción de las referidas vinculaciones, respecto de los demás oferentes que se encuentran en la situación de empate

«xi) ¿Cómo se establece o se determina el porcentaje mínimo del personal mencionado en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?

xii) ¿A qué se refiere la expresión: “en el cual participe o participen mayoritariamente” mencionado en el numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020?»

La Agencia reitera que participar, en el contexto de los factores de desempate del artículo 35, debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo con el 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. De acuerdo con esto, este factor de desempate aplica, en lo referente a las personas jurídicas o proponentes plurales integrados por estas, cuando se acredite que personas en proceso de reintegración o reincorporación participan mayoritariamente de los aportes en dinero o trabajo de la persona jurídica, para lo que su participación deberá ser mayor a la de los demás socios o aportantes.

 «xiii) ¿En caso de que la oferta sea presentada por un proponente plural todos los miembros del consorcio deben acreditar el factor de desempate del numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, o basta con que solo uno lo acredite?

El factor de desempate del numeral 6 de artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, aplica respecto de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente. Tratándose de proponente plurales, el factor aplica cuando el mismo esté constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente, lo que implica que los miembros del consorcio o unión temporal deberán reunir alguna de las dos condiciones mencionadas.

«[…] xiv) ¿El personal del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínima en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xv) ¿El personal del numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínima en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xvi) ¿El personal del numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xvii) ¿El personal del numeral 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería.

xviii) ¿El personal del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 debe tener un tiempo de permanencia mínimo en la empresa? Si es así, por favor indicar de cuánto sería […]»

Respecto de la aplicación de los factores de desempate que impliquen vinculación de *«capital humano»*, como, por ejemplo, los de los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley de emprendimiento, el parágrafo segundo del artículo 35 establece una limitación. Conforme a este parágrafo, para aplicar los factores de desempate citados «[…] el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año», lo que supone un requisito de antigüedad respecto de la vinculación de *«capital humano»*. Para los casos de sociedades con constitución inferior a un año, el parágrafo añade que «[…] se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma».

En relación con los numerales 2, 6 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en tanto su aplicación no está condicionada a la vinculación de capital humano, sino que se refieren a la participación societaria de la persona en el proponente, no resulta aplicable lo dispuesto en el referido parágrafo segundo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 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-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
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-3)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-12)
13. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277 [↑](#footnote-ref-15)
16. Ibíd. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. En: https://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/funciones-y-deberes [↑](#footnote-ref-18)
19. En: http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia [↑](#footnote-ref-19)
20. Esta disposición determina al respecto lo siguiente: «Las empresas deberán acreditar su tamaño empresarial mediante certificación donde conste el valor de los ingresos por actividades ordinarias al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, o los obtenidos durante el tiempo de su operación, de la siguiente forma:

»1. Las personas naturales mediante certificación expedida por estas.

»2. Las personas jurídicas mediante certificación expedida por el representante legal o el contador o revisor fiscal, si están obligadas a tenerlo.

»Para los anteriores efectos, deberán observarse los rangos de clasificación establecidos en el presente Capítulo.

»Parágrafo. Para la aplicación de los incentivos del sistema de compras y contratación pública, la acreditación del tamaño empresarial se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo aclaren, modifiquen o adicionen». [↑](#footnote-ref-20)
21. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-21)