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**

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**

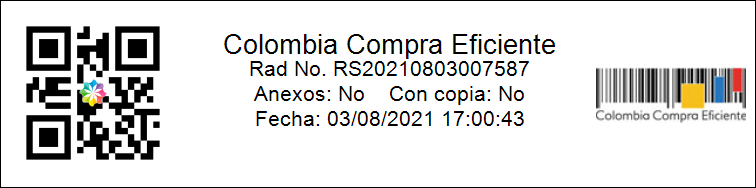
El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios 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.

**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 D.C., **03/08/2021 17:00:43**



Señor

**Carlos Alberto Varela Rebolledo**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 487 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 # P20210730006685 |

Estimado señor Varela:

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 29 de julio del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«1. Si una entidad estatal NO establece en el Pliego de Condiciones, mediante qué documento o medio probatorio se acredita el citado numeral y al no existir tarifa legal y, por tanto, libertad probatoria para acreditar el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y en razón a que la noma en cita suprimió en su totalidad el articulo 12 de la Ley 1150 de 2007, en entendemos (sic) que en caso de ofertas presentadas por Unión Temporal, debe ser demostrada la condición definida en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 por cada una de los integrantes de la Unión Temporal que estén en capacidad de acreditar dicha condición de sus empleados, en especial con cualquiera de los siguientes documentos:

* »Cédula de ciudadanía de las personas que ostentan tal calidad,
* »Certificación firmada por el Revisor Fiscal y/o Representante Legal de la persona jurídica integrante de la Unión Temporal que ostenta tal calidad, indicando el número de personas en esta condición, la vinculación mayor a un año de este personal a la empresa y el número total de la planta de personal y
* »Copia de las planillas de pago de las personas que ostentan tal calidad, a fin de demostrar vinculación en la empresa integrante de la Unión Temporal.

»2. Teniendo en cuenta que no hay tarifa legal que defina como debe acreditarse la condición dispuesta en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con proponentes plurales, entendemos que en caso de proponentes plurales bastaría con que uno o varios de sus integrantes acredite las condiciones dispuestos en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, para ser beneficiario de dicho criterio de desempate, tal y como sucede frente a los criterios de desempate de 10% de la nómina en condición de discapacitados y Mipymes, en donde se permite que como mínimo uno de los integrantes cumpla con dicha condición».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá los interrogantes planteados en la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) vigencia y forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley, iv) aplicación del factor de desempate previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

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, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021 entre otros[[1]](#footnote-2). 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 materializar el principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación idóneos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[2]](#footnote-3).

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[[3]](#footnote-4). 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[[4]](#footnote-5).

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. 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 al contenido de la Ley 2069 de 2020, 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[[5]](#footnote-6), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[6]](#footnote-7). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[7]](#footnote-8), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[8]](#footnote-9) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[9]](#footnote-10).

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. Vigencia y 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 apartes normativos 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». De igual forma, 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.

**2.4. Análisis del factor de desempate del artículo 35, numeral 4, de la Ley 2069 de 2020: vinculación de personas mayores no beneficiarias de pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia**

En relación con el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020[[10]](#footnote-11) –que es aquel por el cual se indaga en la consulta–, esta Agencia, en los conceptos a los que se hizo referencia al inicio, ha indicado que dicho numeral no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere. Por lo tanto, al igual que sucede con los demás numerales, 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.

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, sin perjuicio de lo que defina el reglamento, también existe 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 está mas ajustada al principio de favorabilidad.

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.

Como lo indicó la Agencia en el concepto C-206 del 03 de mayo de 2021, el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral –es decir, a través de un contrato de trabajo–, por lo cual Colombia Compra Eficiente considera que, en principio y salvo que el decreto reglamentario proferido por el gobierno nacional disponga lo contrario, resultaría inadmisible la vinculación de dichas personas a través de otros tipos contractuales, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, la norma se refiere a la vinculación de trabajadores, lo cual excluye la posibilidad de acreditar el factor de desempate con prestadores de servicios.

Por otra parte, el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral. Solo exige que el capital humano esté vinculado laboralmente al oferente con una antigüedad igual o mayor a un año, salvo que la constitución del oferente sea inferior a un año, pues en este caso los trabajadores deben estar vinculados desde dicha constitución. Esto aplica incluso en el evento en el cual se haya presentado la sustitución de empleadores.

La anterior figura se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios». Es decir que este fenómeno opera cuando lo que cambia es el empleador, pero el giro ordinario de la empresa se mantiene. En tal sentido, el artículo 68 del mismo Código señala que «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes». Así lo indicó recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure.

Adicionalmente, este cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiere al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Dicho de otra forma, la sucesión de empresa supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente. Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

Precisamente en este aspecto reside la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se trasfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido[[11]](#footnote-12).

Por lo tanto, sin perjuicio de que el decreto que expida el gobierno nacional para reglamentar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 disponga algo diferente, esta Subdirección en principio no advierte que la sustitución de empleadores sea óbice para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el parágrafo segundo del mencionado artículo, pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir, que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con el factor de desempate previsto en el numeral 4 debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores, si quiere que se le tenga en cuenta la vinculación del trabajador previa a dicha sustitución.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 establezca que esta rige a partir de su promulgación –o sea, desde el 31 de diciembre de 2020–, no se opone a que el Congreso de la República haya previsto dentro de la misma Ley condiciones temporales para la eficacia de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el parágrafo segundo del artículo 35 señala: «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad *igual o mayor a un año*. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados *desde el momento de constitución de la misma*» (énfasis fuera de texto).

Es decir, si bien es cierto que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse en los procedimientos de selección iniciados a partir de la promulgación de esta, también lo es que –al tenor del parágrafo segundo del mismo artículo–, cuando en dichos factores se exija la vinculación laboral de personas, el oferente debe acreditar que lo están, como mínimo, con un año de antigüedad, salvo que el proponente se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución. O sea que el período contenido en el parágrafo segundo, en sentido estricto, no se comienza a computar desde la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sino que para el momento en el que la entidad estatal evalúe la viabilidad de aplicar los factores de desempate vigentes del artículo 35 de dicha Ley –que exijan la vinculación de capital humano–, debe analizar si se cumple con dicho término de vinculación.

En conclusión, como el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece una tarifa legal, las entidades estatales gozan de discrecionalidad administrativa para establecer en el pliego de condiciones la forma como se puede acreditar este factor de desempate por parte de los oferentes, incluidos los proponentes plurales. En caso de que el pliego de condiciones guarde silencio al respecto, la libertad probatoria se traslada al proponente, quien podrá acreditar la circunstancia prevista en el referido numeral con los medios probatorios idóneos, quedándole a la entidad estatal la carga de valorarlos, para concluir si aquellos son pertinentes y conducentes.

Sin embargo, precisamente por no existir tarifa legal, y además teniendo en cuenta que la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la expedición de conceptos sobre la interpretación de normas con un alcance general, no le es dado a este órgano rector definir un listado de documentos específicos con los que se debe probar el factor de desempate contenido en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. El gobierno nacional, en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 189 –numeral 11– de la Constitución, podría hacerlo en el reglamento que expida. Entretanto, las entidades estatales gozan de autonomía para valorar las pruebas aportadas por el oferente y para tomar una decisión que garantice los principios de legalidad y proporcionalidad.

Ahora bien, tratándose de proponentes plurales, en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia adoptó el siguiente criterio en el numeral 4.6 de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3, con las modificaciones de la Resolución 161 de 2021–:

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal diligenciará el «Formato 10 C – Vinculación de personas mayores y no beneficiaria de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia – (Empleador – proponente)», mediante el cual certifique el número de trabajadores vinculados que siendo personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que cumplieron el requisito de edad de pensión establecido en la ley, *de todos los integrantes del consorcio o de la unión temporal. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes*.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, para el otorgamiento del criterio de desempate, cada uno de los trabajadores que cumpla las condiciones previstas por la ley diligenciará el «Formato 10 C – Vinculación de personas mayores y no beneficiaria de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia (Trabajador)», mediante el cual certifica bajo la gravedad de juramento que no es beneficiario de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia y cumple la edad de pensión, además, se deberá allegar el documento de identificación del trabajador que lo firma.

La mayor proporción se definirá en relación con el número total de trabajadores vinculados en la planta de personal, por lo que se preferirá al oferente que acredite un porcentaje mayor. *En el caso de proponentes plurales, la mayor proporción se definirá con la sumatoria de trabajadores vinculados en la planta de personal de cada uno de sus integrantes*[[12]](#footnote-13)(Énfasis fuera de texto).

Si bien los documentos tipo no rigen en todos los procedimientos de selección, la anterior es la interpretación de la Agencia sobre la forma de acreditar el factor de desempate del artículo 35, numeral 4, de la Ley 2069 de 2020, por parte de los proponentes plurales. En consecuencia, esta consideración le puede servir como guía ilustrativa. Sin embargo, se reitera que cada entidad estatal en el pliego de condiciones o equivalente –en aquellos casos en los cuales el procedimiento no se rige por los documentos tipo–, tiene discrecionalidad para definir la manera como deben acreditarse los factores de desempate sobre los cuales el ordenamiento jurídico no ha establecido un medio probatorio específico. Esto sin perjuicio de que en el reglamento que expida el gobierno nacional se establezcan medios probatorios específicos –como, en efecto, lo hace el proyecto de decreto sobre la materia[[13]](#footnote-14)–, los cuales deberán respetarse por parte de las entidades contratantes y los particulares, una vez entre en vigencia dicho cuerpo normativo.

**3. Respuesta**

«1. Si una entidad estatal NO establece en el Pliego de Condiciones, mediante qué documento o medio probatorio se acredita el citado numeral y al no existir tarifa legal y, por tanto, libertad probatoria para acreditar el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y en razón a que la noma en cita suprimió en su totalidad el articulo 12 de la Ley 1150 de 2007, en entendemos (sic) que en caso de ofertas presentadas por Unión Temporal, debe ser demostrada la condición definida en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 por cada una de los integrantes de la Unión Temporal que estén en capacidad de acreditar dicha condición de sus empleados, en especial con cualquiera de los siguientes documentos:

* »Cédula de ciudadanía de las personas que ostentan tal calidad,
* »Certificación firmada por el Revisor Fiscal y/o Representante Legal de la persona jurídica integrante de la Unión Temporal que ostenta tal calidad, indicando el número de personas en esta condición, la vinculación mayor a un año de este personal a la empresa y el número total de la planta de personal y
* »Copia de las planillas de pago de las personas que ostentan tal calidad, a fin de demostrar vinculación en la empresa integrante de la Unión Temporal».

En conclusión, como el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece una tarifa legal, las entidades estatales gozan de discrecionalidad administrativa para establecer en el pliego de condiciones la forma como se puede acreditar este factor de desempate por parte de los oferentes, incluidos los proponentes plurales. En caso de que el pliego de condiciones guarde silencio al respecto, la libertad probatoria se traslada al proponente, quien podrá acreditar la circunstancia prevista en el referido numeral con los medios probatorios idóneos, quedándole a la entidad estatal la carga de valorarlos, para concluir si aquellos son pertinentes y conducentes.

Sin embargo, precisamente por no existir tarifa legal, y además teniendo en cuenta que la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la expedición de conceptos sobre la interpretación de normas con un alcance general, no le es dado a este órgano rector definir un listado de documentos específicos con los que se debe probar el factor de desempate contenido en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. El gobierno nacional, en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 189 –numeral 11– de la Constitución, podría hacerlo en el reglamento que expida. Entretanto, las entidades estatales gozan de autonomía para valorar las pruebas aportadas por el oferente y para tomar una decisión que garantice los principios de legalidad y proporcionalidad.

«2. Teniendo en cuenta que no hay tarifa legal que defina como debe acreditarse la condición dispuesta en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con proponentes plurales, entendemos que en caso de proponentes plurales bastaría con que uno o varios de sus integrantes acredite las condiciones dispuestos en el numeral 4) del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, para ser beneficiario de dicho criterio de desempate, tal y como sucede frente a los criterios de desempate de 10% de la nómina en condición de discapacitados y Mipymes, en donde se permite que como mínimo uno de los integrantes cumpla con dicha condición».

Tratándose de proponentes plurales, esta Agencia adoptó el siguiente criterio en el numeral 4.6 de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3, con las modificaciones de la Resolución 161 de 2021–:

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal diligenciará el «Formato 10 C – Vinculación de personas mayores y no beneficiaria de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia – (Empleador – proponente)», mediante el cual certifique el número de trabajadores vinculados que siendo personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que cumplieron el requisito de edad de pensión establecido en la ley, *de todos los integrantes del consorcio o de la unión temporal. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes*.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, para el otorgamiento del criterio de desempate, cada uno de los trabajadores que cumpla las condiciones previstas por la ley diligenciará el «Formato 10 C – Vinculación de personas mayores y no beneficiaria de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia (Trabajador)», mediante el cual certifica bajo la gravedad de juramento que no es beneficiario de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia y cumple la edad de pensión, además, se deberá allegar el documento de identificación del trabajador que lo firma.

La mayor proporción se definirá en relación con el número total de trabajadores vinculados en la planta de personal, por lo que se preferirá al oferente que acredite un porcentaje mayor. *En el caso de proponentes plurales, la mayor proporción se definirá con la sumatoria de trabajadores vinculados en la planta de personal de cada uno de sus integrantes*[[14]](#footnote-15)(Énfasis fuera de texto).

Si bien los documentos tipo no rigen en todos los procedimientos de selección, la anterior es la interpretación de la Agencia sobre la forma de acreditar el factor de desempate del artículo 35, numeral 4, de la Ley 2069 de 2020, por parte de los proponentes plurales. En consecuencia, esta consideración le puede servir como guía ilustrativa. Sin embargo, se reitera que cada entidad estatal en el pliego de condiciones o equivalente –en aquellos casos en los cuales el procedimiento no se rige por los documentos tipo–, tiene discrecionalidad para definir la manera como deben acreditarse los factores de desempate sobre los cuales el ordenamiento jurídico no ha establecido un medio probatorio específico. Esto sin perjuicio de que en el reglamento que expida el gobierno nacional se establezcan medios probatorios específicos –como, en efecto, lo hace el proyecto de decreto sobre la materia–, los cuales deberán respetarse por parte de las entidades contratantes y los particulares, una vez entre en vigencia dicho cuerpo normativo.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-10)
10. Norma que prescribe: «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

    »[…]

    »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.

    »[…]». [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de agosto de 2020. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Radicación No. 47613. Acta 28. [↑](#footnote-ref-12)
12. Disponibles en: https://www.colombiacompra.gov.co/content/02-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version [↑](#footnote-ref-13)
13. El proyecto de decreto «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», definiendo medios probatorios específicos para acreditar algunos factores de desempate, está disponible en el siguiente enlace: <https://www.dnp.gov.co/DNPN/normativa/proyectos-de-normatividad>

    En dicho proyecto –que se encuentra en fase de revisión de las observaciones de la ciudadanía– se dice, respecto del numeral 4, que se debe: «4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley, para ello, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, entregará un certificado, en el que se acredite, bajo la gravedad de juramento, las personas vinculadas en su nómina y el número de trabajadores que no son beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que cumplieron el requisito de edad de pensión. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que se encuentren en las condiciones descritas y que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso. Para los casos de constitución inferior a un (1) año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de la constitución de la persona jurídica.

    »El tiempo de vinculación en la planta referida, de que trata el inciso anterior, se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de constitución de la persona jurídica, cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

    »En el caso de los proponentes plurales, su representante legal acreditará el número de trabajadores vinculados que son personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, y que cumplieron el requisito de edad de pensión establecido en la ley, de todos los integrantes del consorcio o de la unión temporal. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes.

    »En cualquiera de los dos supuestos anteriores, para el otorgamiento del criterio de desempate, cada uno de los trabajadores que cumpla las condiciones previstas por la ley, allegará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que no es beneficiario de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia, y cumple la edad de pensión; además, se deberá allegar el documento de identificación del trabajador que lo firma.

    »La mayor proporción se definirá en relación con el número total de trabajadores vinculados en la planta de personal, por lo que se preferirá al oferente que acredite un porcentaje mayor. En el caso de proponentes plurales, la mayor proporción se definirá con la sumatoria de trabajadores vinculados en la planta de personal de cada uno de sus integrantes». [↑](#footnote-ref-14)
14. Disponibles en: https://www.colombiacompra.gov.co/content/02-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version [↑](#footnote-ref-15)