CCE-DES-FM-17

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Selección objetiva – 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.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Procedimiento de selección – Empate – 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.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 7 – Literales a, b y c – Interpretación**

Si se analizan a detalle las condiciones establecidas en literales a) y b) del numeral 7 del artículo 35, encontramos que estas claramente permiten la participación dentro de un proponente plural de la madre cabeza de familia y/o persona en proceso de reincorporación o reintegración. Esto es posible, ya sea en calidad de personas naturales o a través de personas jurídicas en las cuales sean socios o accionistas mayoritarios.

Por su parte, el literal c) indica que se debe preferir la oferta del proponente plural, si este cumple –además de los otros requisitos de los literales a y b– 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. En otras palabras, la limitante establecida por el literal (c) se concreta en que los miembros del proponente plural, que tengan la condición de madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, no deben ser empleados, socios o accionistas de los integrantes del consorcio o la unión temporal, sin perjuicio de su participación en la estructura plural.

**FACTOR DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 7 – Literal c – Importancia**

De lo anterior surge que, la condición del literal (c) evita que se aplique el criterio de desempate a proponentes plurales conformados por personas jurídicas en las que participen mayoritariamente madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración, y sus empleados, y sus accionistas. De esta manera, para beneficiarse de este factor de desempate, las madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración, o las personas jurídicas en las que participen mayoritariamente, necesariamente deberán asociarse para conformar el proponente plural con personas que no sean ni sus empleados, ni sus socios o accionistas.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 3, 7 y 10 – Experiencia acreditada**

Como se puede observar, en los tres casos el requisito se refiere a la experiencia acreditada en la oferta, la cual, por regla general, es un requisito habilitante, que, como tal, no otorga puntaje. Esto independientemente de la posibilidad de que dentro del pliego de condiciones se exija una experiencia general y otra específica teniendo en cuenta la complejidad del objeto a contratar y su cuantía.

**FACTOR DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 2 y 7 – Madre o mujer cabeza de familia – Significado**

Conforme a lo anterior, es posible advertir que existe cierta diferencia entre las expresiones mujer cabeza de familia –empleada por el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020– y madre cabeza de familia – utilizada por el numeral 7–, la cual surge del significado común de las palabras que conforman ambas expresiones, comoquiera que una hace referencia «mujer» y otra a la palabra «madre», las cuales, evidentemente no son equivalentes. No obstante, a efectos de aplicar estos factores de desempate, dicha diferencia lingüística, deviene en insustancial, como quiera que las expresiones mujer cabeza de familia y madre cabeza de familia tienen unos elementos comunes, determinados por un mismo marco jurídico, en el que no existe distinción entre el contenido de dichas disposiciones.

En ese sentido, estima esta Agencia que, a efectos de aplicar los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, son quienes predican tener la condición de mujer cabeza de familia o madre cabeza de familia, quienes deben cumplir con los elementos de la noción establecida en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008. Tales elementos se erigen en requisitos para que una persona sea considerada mujer o madre cabeza de familia, para la aplicación de las referidas reglas de desempate.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 07 Septiembre 2021

Señora

**Lina María Cárdenas Fonseca**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 465 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN ESTATAL – Selección objetiva – Concepto / CONTRATACIÓN ESTATAL – Procedimiento de selección – Empate – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 7 – Literales a, b y c – Interpretación / FACTOR DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 7 – Literal c – Importancia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 3, 7 y 10 – Experiencia acreditada / FACTOR DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numerales 2 y 7 – Madre o mujer cabeza de familia – Significado  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210726006549. |
|  |  |

Respetada señora Cárdenas:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta con fecha de 22 de julio de 2021, radicada ante esta entidad el 26 julio de 2021.

1. **Problema planteado**

En relación con los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2096 de 2020, usted realiza la siguiente consulta:

«[…]Empezaremos por indicar que de la consulta presentada por la ciudadana y de la respuesta introducida por Colombia Compra Eficiente (CCE) se puede concluir que, conforme a la normatividad vigente, el oferente podrá presentar la vinculación laboral de una persona en situación de discapacidad, que cuente con un contrato laboral de tiempo completo o medio tiempo, con el fin de obtener el puntaje que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, así mismo, detentar el criterio de desempate descrito en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y que, de cumplir con todos los requisitos normativos para ello, será posible acceder al respectivo puntaje que otorga tal acreditación y al criterio de desempate señalados en las citadas normas, respectivamente, con independencia de si el contrato laboral es uno de tiempo completo o parcial.

En este orden de ideas procedo a elevar mis solicitudes de la siguiente forma:

1. Solicito a la Entidad precisar si tal respuesta es extensiva también para los criterios de desempate de que tratan los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, a saber:

[…]

En otras palabras, solicitamos a Colombia Compra Eficiente CCE precisar si, en los casos indicados y para acceder a los criterios de desempate en cita, la vinculación de las personas allí indicadas puede ser, indistintamente, por contrato laboral con jornada completa o parcial y por tanto, para dichos casos, aplica también lo conceptuado en el radicado RS20210709006579 para el caso de las personas en situación de discapacidad.

2. Agradezco a la Entidad aclarar lo indicado en el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, toda vez que el texto señala lo siguiente:

“(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. (Resaltado fuera de texto)

En mi parecer, la aplicación del literal c anula de manera clara el literal a y b, ya que, el literal c se refiere a que “ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, (…) sean (…) accionistas de los miembros del proponente plural”, mientras que los literales a y b, hacen referencia a que el proponente podrá contar con el criterio de desempate siempre que, precisamente, la madre cabeza de familia y/o la persona en proceso de reincorporación participen de manera mayoritaria en la persona jurídica integrante del proponente plural. En consecuencia, nos encontramos en presencia de una antinomia, en el sentido de que existen dos conceptos pertenecientes a una misma norma, los cuales son incompatibles entre sí, al ser el literal c una prohibición y los literales a y b permisivos de un mismo comportamiento.

Por lo tanto, de la redacción del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no queda claro si para este factor de escogencia la madre cabeza de familia o la persona en proceso de reincorporación o reintegración deberán o no ser accionistas del integrante de proponente plural que pretende acreditar tal condición.

3. El literal b del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, establece el factor de escogencia, así para “la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica que aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta” (Resaltado fuera de texto)

No obstante, el literal precitado no es claro en determinar si se trata de la experiencia general o especifica, toda vez, que la experiencia, conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, se divide así:

a. Experiencia General

b. Experiencia Específica

De conformidad con lo anterior solicitamos indicar claramente si la expresión “experiencia acreditada” de los numerales 3, 7 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, se refiere a: Opción 1 la Experiencia General (o habilitante), Opción 2 la Experiencia Específica (o puntuable) y Opción 3 la sumatoria de ambas experiencias.

4. Con relación al concepto usado en el numeral 2 de preferir la propuesta de la “mujer” cabeza de familia (…), la cual se modifica en el numeral 7 sin razón alguna a “madre” cabeza de familia (…), entendemos que dicha modificación es producto de un error, en la medida en que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1496 de 2014, unificó ambos conceptos así: “La definición de madre cabeza de familia no solo comprende a la mujer que tiene hijos menores de edad o discapacitados que dependen de forma económica y exclusiva de ella, advirtió que dicho concepto debe integrarse armónicamente con el de mujer cabeza de familia”, con lo cual, entendemos que cuando el literal 7 ibidem, se refiere a “madre” cabeza de familia, también abarca, según lo indicado por la corte, el concepto de “mujer” cabeza de familia».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) factores de desempate en la contratación estatal; ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020; iii) los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020; iv) Factores de desempate de los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su aplicación con trabajadores de jornada incompleta ; v) interpretación de las condiciones del factor de desempate del numeral 7, vi) experiencia acreditada con la oferta en los factores de desempate de los numerales 3, 7 y 10, y, vii) interpretación de los términos mujer cabeza de familia y madre cabeza de familia en los numerales 2 y 7 del artículo 35.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2096 de 2020, entre otros, en los conceptos: C‒006 del 05 de febrero de 2021, C–037 de 2021, C‒012 del 04 de febrero de 2021, 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-209 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-265 del 01 de julio de 2021, C-286 de 2021, C-302 de 2021, C-320 del 01 de julio de 2021, C-334 de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-341 de 2021, C-348 de 2021, C-390 del 03 de agosto de 2021, C-422 de 2021, C-487 del 03 de agosto de 2021 y C-437 del 24 de agosto de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Factores de desempate en la contratación estatal**

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: Impacto sobre la contratación estatal**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con 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). También 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).

Adicionalmente, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

**2.3. 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». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se Gobierno Nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

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

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

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

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

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

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem –*es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

***2.3.1. Factores de desempate de los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su aplicación con trabajadores de jornada incompleta***

En la consulta se indaga en torno a la posibilidad de que el alcance del concepto C-334 del 09 de julio de 2021, en lo referente a la jornada laboral de las personas en situación de discapacidad que describe el numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2021, pueda hacerse extensivo a los criterios de desempate de los numeral 4 y 5. Estos numerales indican lo siguiente:

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.

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.

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 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 ibídem, 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 más 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.

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

En lo que respecta al numeral 5, es decir, a la pertenencia a la «[…] población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas», es importante hacer algunas precisiones frente a cada grupo poblacional. El artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT –«Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»–, aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, caracteriza la «población indígena» como aquella que desciende de grupos que «[…] habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»[[9]](#footnote-9).

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»[[10]](#footnote-10).

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»[[11]](#footnote-11). 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)»[[12]](#footnote-12).

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»[[13]](#footnote-13). 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. Debido a 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, Rrom o gitanas. Lo anterior, se fundamenta en las competencias de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rrom y Minorías, así como de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, de dicho Ministerio[[14]](#footnote-14). En tal sentido, el proponente deberá acreditar que por lo menos el 10% de sus trabajadores pertenece a estas poblaciones.

 Ahora, es oportuno recordar que según el concepto C-334 del 9 de julio de 2021, citado en la consulta, respecto del factor de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento se determinó lo siguiente:

Al respecto, debe mencionarse que la Ley 2069 de 2020 no establece condicionantes adicionales para la aplicación de este factor, distintos del señalado en el parágrafo segundo del artículo 35. Por tanto, en principio, este factor aplica en beneficio de las proponentes que acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina está conformada por trabajadores en condición de discapacidad.

En ese sentido, no existiendo una distinción en el texto de ley, cobra relevancia el principio general del derecho según el cual donde la ley no distingue no le está dado al interprete hacerlo. De esta manera, la interpretación del numeral 3 del artículo 35 implica que la acreditación de personas con discapacidad, en función de las cuales opera el factor de desempate, aplica respecto de trabajadores vinculados mediante contrato laboral a media jornada o jornada completa. Esto, siempre que el número de estos trabajadores constituya el diez por ciento (10%) de la nómina del proponente. Además, hay que decir que la jornada incompleta es una condición válida del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual no desvirtúa la condición de trabajador o la pertenencia de este a la nómina del empleador.

 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.

 De conformidad con lo señalado en precedencia, en concordancia con lo expresado en el concepto C-334 del 9 de julio de 2021 en relación con el numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, resultaría posible tener en cuenta, a efectos de aplicar los factores de desempate de los numerales 4 y 5, a los trabajadores vinculados a jornada incompleta, que cumplan con las respectivas condiciones. Esto, por cuanto ni en los mentados numerales, ni en el referido parágrafo, se efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral, ni de la jornada de trabajo establecida en el vínculo laboral entre el proponente y los trabajadores que pertenezcan al grupo poblacional allí descrito.

 De esa manera, tal como se mencionó en el concepto C-334 den 9 de julio de 2021, no existiendo una distinción en el texto de ley, en la interpretación de estos numerales también cobra relevancia el principio general del derecho según el cual donde la ley no distingue no le está dado al interprete hacerlo. Por tanto, de la lectura de los numerales 4 y 5 se infiere que puede tratarse de trabajadores vinculados mediante contrato laboral a media jornada o jornada completa, siempre que se cumplan con los demás requisitos establecidos en los numerales en mención para obtener el beneficio que otorgan estos factores de desempate.

***2.3.2. Interpretación de las condiciones del factor de desempate del numeral 7***

La consulta plantea una aparente antinomia entre los requisitos señalados en el literal c), frente a los requisitos señalados en el literales a) y b) del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2096 de 2020. El texto de esta regla de desempate es el siguiente:

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.

Como se advierte, la condición del literal (a) establece un requisito relativo a una participación del proponente plural de mínimo el 25%, ya sea por parte de: (i) al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración; o (ii) una persona jurídica en la que participen mayoritariamente personas con las referidas condiciones. Por su parte, la condición del literal (b) consiste un requisito de aporte de experiencia al proponente plural del 25%, por parte de: (i) madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración; o (ii) una persona jurídica en la que participen mayoritariamente personas con las referidas condiciones. El literal (c) establece como condición adicional a las antes mencionadas que «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».

 Conforme a la interpretación textual o gramatical empleada en la consulta, la aparente antinomia surge del hecho de que el literal (c) exija que ni la madre cabeza de familia, ni la persona en proceso de reincorporación o reintegración, sean socios o empleados de los miembros del proponentes plural, ya que ello impediría que personas que cumplan dichas condiciones solo podrían acceder al beneficio de este factor de desempate si participan en un proponente plural como socios o accionistas mayoritarios de una persona jurídica. En ese sentido, solo podrían ser miembros del proponente plural en calidad de personas naturales, a pesar de que los literales (a) y (b) expresamente hacen referencia a «una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente», tanto en relación con madres cabeza de familia como a personas en proceso de reincorporación o reintegración, estableciendo la posibilidad de que personas jurídicas con las que estas personas tienen participación mayoritaria, sean sujeto de aplicación del criterio de desempate en comento.

En ese sentido, la interpretación del peticionario no solo es contraevidente, sino que restringe los beneficios que la ley pretende brindar a las personas vulnerables que participen en los procesos de contratación pública. Lo anterior, por cuanto elimina la posibilidad de que estos grupos poblacionales puedan acceder a los beneficios de desempate si su participación en el proceso de selección se hace a través de personas jurídicas en calidad de integrantes de consorcios o uniones temporales.[[15]](#footnote-15)

Si se analizan a detalle las condiciones establecidas en literales a) y b) del numeral 7 del artículo 35, encontramos que estas claramente permiten la participación dentro de un proponente plural de la madre cabeza de familia y/o persona en proceso de reincorporación o reintegración. Esto es posible, ya sea en calidad de personas naturales o a través de personas jurídicas en las cuales sean socios o accionistas mayoritarios. Por su parte, el literal c) indica que se debe preferir la oferta del proponente plural, si este cumple –además de los otros requisitos de los literales a y b– 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.[[16]](#footnote-16) En otras palabras, la limitante establecida por el literal (c) se concreta en que los miembros del proponentes plural, que tengan la condición de madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, no deben ser empleados, socios o accionistas de los integrantes del consorcio o la unión temporal, sin perjuicio de su participación en la estructura plural.

De lo anterior surge que, la condición del literal (c) evita que se aplique el criterio de desempate a proponentes plurales conformados por personas jurídicas en las que participen mayoritariamente madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración, y sus empleados, y sus accionistas. De esta manera, para beneficiarse de este factor de desempate, las madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración, o las personas jurídicas en las que participen mayoritariamente, necesariamente deberán asociarse para conformar el proponente plural con personas que no sean ni sus empleados, ni sus socios o accionistas.

Para ilustrar mejor esto valgámonos del siguiente ejemplo. Supongamos que, en una licitación pública, evaluadas las ofertas a luz de los correspondientes factores de ponderación, y luego de aplicarse los factores de desempate de los numerales 1 a 6 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, persiste un empate entre dos ofertas, ambas presentadas por proponentes plurales: el Consorcio A y el Consorcio B.

El Consorcio A está conformado por la señora María, mujer cabeza de familia, quien tiene una participación del 50% en el proponente plural, aporta al mismo el 50% de la experiencia habilitante. El 50% de la participación en el Consorcio A corresponde a la sociedad CONSTRUCCIÓN S.A.S. Entre María y la empresa CONSTRUCCIÓN S.A.S. no existe más relación que la que deviene del documento de conformación del consorcio.

A su vez, el Consorcio B está conformado por Alberto, persona en proceso de reincorporación, quien aporta el 50% de la experiencia y aporta igual porcentaje de experiencia al mismo; Juana, mujer cabeza de familia con una participación del 25%; y la empresa INGENIEROS S.A.S, con un 25% de participación en el Consorcio B. Alberto es socio de la empresa INGENIEROS S.A.S, mientras que Juana es empleada de la misma.

En este caso, la aplicación de la regla del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, resolvería el empate en favor del Consorcio A. Esto, toda vez que el Consorcio A cumple con las tres condiciones establecidas en dicho numeral, mientras que el Consorcio B no las cumple, ya que, por un lado, uno de sus miembros es socio de la sociedad vinculada al consorcio –Alberto–, mientras que otro, es empleada de dicha sociedad –Juana–.

En ese sentido, conforme evidencia el ejemplo planteado, una de las conductas que precave la condición del literal (c) del numeral 7 del artículo 35, es el aprovechamiento inadecuado de los factores de desempate, pues evita la conformación de consorcios o uniones temporales entre personas naturales y jurídicas y sus propios empleados, socios, accionistas o representantes legales. En todo caso, se itera, que, lo expresado en precedencia de ninguna manera supone que las personas jurídicas en las que participen mayoritariamente madres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación o reintegración, no puedan beneficiarse del factor de desempate. Lo que significa es que estás no pueden asociarse con sus empleados o empleadores –en el caso de las personas naturales–, ni con las personas jurídicas de las que son socios o accionistas para acceder al beneficio.

***2.3.3. Experiencia acreditada con la oferta en los factores de desempate de los numerales 3, 7 y 10***

En cuanto a lo planteado en el tercer interrogante, con relación al requerimiento de experiencia establecido en el literal (b) del numeral 7 del artículo 35, debe llamarse la atención sobre el texto del mismo que indica «[…] que 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». En similares términos se plantea el factor de desempate del numeral 3, respecto de proponentes plurales, el cual establece que el miembro que vincule el 10% de la nómina conformada por trabajadores con discapacidad debe «[…] aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta». En similar sentido, el factor de desempate del numeral 10, que establece como una de las condiciones que «[…] (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutual aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta […]».

 Como se puede observar, en los tres casos el requisito se refiere a la «experiencia acreditada en la oferta», la cual, por regla general, es un requisito habilitante, que, como tal, no otorga puntaje. Esto, independientemente de la posibilidad de que dentro del pliego de condiciones se exija una experiencia general y otra específica, teniendo en cuenta la complejidad del objeto a contratar y su cuantía[[17]](#footnote-17). El único caso donde expresamente la norma señala la experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo como un factor de calificación es en los procesos para la selección de consultores.[[18]](#footnote-18) En los demás procesos de selección la experiencia, ya sea general o específica, será considerada un requisito habilitante que no otorga puntaje.

Al respecto cabe precisar que el propósito del requisito habilitante de la experiencia, consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe cumplir y acreditar el proponente para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, en caso de adjudicación, ejecutar el contrato estatal. En ese sentido, la experiencia es uno de los elementos de los cuales se deriva el conocimiento que tiene el proponente sobre el objeto contractual, el cual resulta de la mayor relevancia para la contratación pública, pues garantiza que no habrá improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez.

Ahora bien, los factores de desempate de los numerales 3, 7 y 10, coinciden en incluir dentro de los supuestos de hecho de las reglas que desarrollan, condiciones que exigen la acreditación de cierto porcentaje de experiencia de determinados sujetos, haciendo referencia, por igual, a la experiencia acreditada en la oferta. Ninguno de estos factores distingue entre experiencia general, específica o habilitante, distinción que tampoco surge de ninguno de los otros apartados del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

En ese sentido, considera esta Agencia que, independientemente del proceso de selección en el que se apliquen los factores de desempate, los mencionados factores de desempate hacen referencia a toda la experiencia que deba acreditarse con la oferta, sin que sea posible excluir experiencia general, específica, habilitante o ponderable, siempre que se haya exigido su acreditación al momento de presentar la oferta. En ese sentido, cuando los numerales 3, 7 y 10 hacen referencia a la experiencia acreditada en la oferta, se refieren a cualquier tipo de experiencia, lo que puede involucrar general, específica, habilitante o puntuable.

Cabe mencionar que las entidades son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer los requisitos y reglas de acreditación de la experiencia. Sin embargo, los porcentajes de experiencia cuya acreditación es exigida por la numerales 3, 7 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, deben ser evaluados respecto de la totalidad de la experiencia que se exija acreditar, lo cual puede involucrar tanto experiencia general como especifica.

**2.3.4. *Interpretación de los términos mujer cabeza de familia y madre cabeza de familia en los numerales 2 y 7 del artículo 35***

El texto de la Ley 2069 de 2020 al establecer el factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 emplea el término *mujer cabeza de familia*[[19]](#footnote-19). Por su parte, el factor de desempate establecido en el numeral 7 del artículo 35, emplea el término *madre cabeza de familia*. En relación con esta diferencia, es importante tener en cuenta que, el 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, modificado por la Ley 1232 de 2008, define a la *mujer cabeza de familia* en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

De acuerdo con esta definición, la *mujer cabeza de familia* no necesariamente tiene que ser una madre que tenga bajo su cargo hijos menores, sino que también puede ser una mujer sin hijos que tiene bajo su cargo a otros miembros del núcleo familiar en situación de discapacidad que les impida trabajar, y que no cuenta con ayuda de los demás miembros de la familia, como podría ser, por ejemplo, el caso de una mujer soltera que siendo única hija tenga bajo su cargo a su madre en situación de discapacidad que le impida trabajar.

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[[20]](#footnote-20).

Por otro lado, es posible afirmar que, en estricto sentido, no existe un concepto legal de *madre cabeza de familia* tal como sucede con el de *mujer cabeza de familia*. No obstante, el concepto de *madre cabeza de familia* no es extraño en el ordenamiento jurídico de orden legal, en el cual encontramos algunas normas lo refieren expresamente –como, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002[[21]](#footnote-21)–*,* ni a la práctica jurídica nacional, en el marco de la cual, a partir de la aplicación del artículo 43 superior[[22]](#footnote-22), se les ha tratado como sujetos de especial protección constitucional y se le ha incluido dentro de la definición del artículo 2 de la Ley 82 de 1993. La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido la asimilación de las nociones de *mujer cabeza de familia* y *madre cabeza de familia*, decantando incluso unos elementos a partir de los cuales se estructura esta última condición. Al respecto ha establecido la Corte:

«[…] atendiendo la exigencia constitucional prevista en el artículo 43 Superior, el Legislador aprobó la Ley 82 de 1993, relativa a la protección de la mujer cabeza de familia. La norma, al igual que otras sobre las que luego la Corte hará especial referencia, busca propiciar condiciones favorables en diversos escenarios como el acceso al sistema de seguridad social en salud, a programas educativos o al fomento de la actividad económica. Su artículo 2 señala las características estructurales de la condición de madre cabeza de familia en los siguientes términos: “*quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*”

Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar»[[23]](#footnote-23).[Énfasis fuera de texto]

Para efectos de resolver el cuarto interrogante de la consulta planteada también resulta relevante la providencia de la Corte Suprema de Justicia citada en el peticionario. En esta decisión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revisó el caso de una mujer que, teniendo a su cargo a su cónyuge en situación de discapacidad, fue despedida sin tener en cuenta el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por no tratarse de una *madre cabeza de familia* –categoría a la que expresamente refiere la norma–, en el hecho de no tener a su cargo hijos menores de edad, sino a su cónyuge en situación de discapacidad. Al respecto, la Corte indicó lo siguiente:

[…] el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció una regla especial según la cual «…no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica…» A su vez, dicho concepto de «madre cabeza de familia» fue definido en el punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, en los siguientes términos: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.

Una lectura exegética de la anterior definición de «madre cabeza de familia», conllevaría a determinar que bajo dicho rótulo sólo se puede ubicar a las «mujeres», que tienen «hijos» menores de edad o inválidos que dependen económicamente y de manera exclusiva de ellas. Sin embargo, para la Corte el concepto de «madre cabeza de familia» debe integrarse armónicamente con el de «mujer cabeza de familia», a la que el Estado le debe una especial protección, según el artículo 43 de la Constitución Política, y que se encuentra desarrollado en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, según el cual:

[…] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, **hijos menores propios** **u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, madre cabeza de familia no sólo es la mujer con hijos menores o inválidos, sino también aquella que tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad económica del hogar, por la incapacidad para trabajar de los demás miembros, debidamente comprobada. Esta interpretación es la que resulta conforme con los postulados de la Constitución Política, pues preserva el especial interés del Estado de proteger a los núcleos familiares que dependen de un único ingreso, a través de acciones afirmativas, a la vez que no desfigura las reglas y objetivos de las normas que regulan en retén social[[24]](#footnote-24).

Conforme a lo anterior, es posible advertir que existe cierta diferencia entre las expresiones *mujer cabeza de familia* –empleada por el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020– y *madre cabeza de familia* –utilizada por el numeral 7–, la cual surge del significado común de las palabras que conforman ambas expresiones, comoquiera que una hace referencia «*mujer»* y otra a la palabra *«madre»*, las cuales, evidentemente no son equivalentes. No obstante, a efectos de aplicar estos factores de desempate, dicha diferencia lingüística, deviene en insustancial, como quiera que las expresiones *mujer cabeza de familia* y *madre cabeza de familia* tienen unos elementos comunes, determinados por un mismo marco jurídico, en el que no existe distinción entre el contenido de dichas disposiciones.

En ese sentido, estima esta Agencia que, a efectos de aplicar los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, son quienes predican tener la condición de *mujer cabeza de familia* o *madre cabeza de familia,* quienes deben cumplir con los elementos de la noción establecida en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008. Tales elementos se erigen en requisitos para que una persona sea considerada mujer o madre cabeza de familia, para la aplicación de las referidas reglas de desempate.

**3. Respuesta**

«1. Solicito a la Entidad precisar si tal respuesta es extensiva también para los criterios de desempate de que tratan los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, a saber:

“(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.

(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.”

En otras palabras, solicitamos a Colombia Compra Eficiente CCE precisar si, en los casos indicados y para acceder a los criterios de desempate en cita, la vinculación de las personas allí indicadas puede ser, indistintamente, por contrato laboral con jornada completa o parcial y por tanto, para dichos casos, aplica también lo conceptuado en el radicado RS20210709006579 para el caso de las personas en situación de discapacidad».

Conforme a lo expuesto, los supuestos de hecho de los factores de desempate de los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no distinguen el tipo de jornada de trabajo aplicable al vínculo laboral existente entre el proponente y los trabajadores que pertenezcan a los grupos poblacionales allí señalados. Por tanto, según lo explicado por esta Agencia en el concepto C-334 del 9 de julio de 2021 con relación al factor de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, a efectos de aplicar las reglas de desempate de los numerales 4 y 5, deben tenerse en cuenta trabajadores vinculados a jornada completa e incompleta. En ese sentido, los proponentes podrán acreditar vinculaciones de trabajadores mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley, así como los trabajadores pertenecientes a las poblaciones indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas, sin importar si trabajan a jornada completa o incompleta.

«2. Agradezco a la Entidad aclarar lo indicado en el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, toda vez que el texto señala lo siguiente:

“(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. (Resaltado fuera de texto)

En mi parecer, la aplicación del literal c anula de manera clara el literal a y b, ya que, el literal c se refiere a que “ni la madre cabeza de familia o persona en proceso de reincorporación o reintegración, (…) sean (…) accionistas de los miembros del proponente plural”, mientras que los literales a y b, hacen referencia a que el proponente podrá contar con el criterio de desempate siempre que, precisamente, la madre cabeza de familia y/o la persona en proceso de reincorporación participen de manera mayoritaria en la persona jurídica integrante del proponente plural. En consecuencia, nos encontramos en presencia de una antinomia, en el sentido de que existen dos conceptos pertenecientes a una misma norma, los cuales son incompatibles entre sí, al ser el literal c una prohibición y los literales a y b permisivos de un mismo comportamiento.

Por lo tanto, de la redacción del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no queda claro si para este factor de escogencia la madre cabeza de familia o la persona en proceso de reincorporación o reintegración deberán o no ser accionistas del integrante de proponente plural que pretende acreditar tal condición.»

De acuerdo con las consideraciones realizadas, las condiciones de los literales (a), (b) y (c) del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no son excluyentes entre sí, por lo que no existe la antinomia acusada. Dichas condiciones deben ser interpretadas de manera armónica, interpretación que indica que la condición del literal (c) no excluye la posibilidad de que proponentes plurales integrados por madres cabezas de familia, personas en proceso de reincorporación o reintegración, o personas jurídicas en las que participen mayoritariamente, se beneficien de la referida regla de desempate. Esto, siempre que ni sus accionistas, ni sus socios, ni sus representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los demás miembros del proponente plural.

En otras palabras, lo que busca la condición del literal (c) del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que las personas naturales o jurídicas que cumplen con las condiciones de los literales (a) y (b), no conformen proponentes plurales con los socios, accionistas, empleados y/o empleadores de los miembros del proponente plural, con el propósito de beneficiarse de la regla de desempate.

«3. El literal b del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, establece el factor de escogencia, así para “la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica que aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta” (Resaltado fuera de texto)

No obstante, el literal precitado no es claro en determinar si se trata de la experiencia

general o específica, toda vez, que la experiencia, conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, se divide así:

a. Experiencia General

b. Experiencia Especifica

De conformidad con lo anterior solicitamos indicar claramente si la expresión “experiencia acreditada” de los numerales 3, 7 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, se refiere a: Opción 1 la Experiencia General (o habilitante), Opción 2 la Experiencia Específica (o puntuable) y Opción 3 la sumatoria de ambas experiencias».

De acuerdo con lo argumentado en este concepto, cuando los factores de desempate de los numerales 3, 7 y 10 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 hacen referencia a la «[…] experiencia acreditada con la oferta», se refieren a toda aquella experiencia que haya sido acreditada al momento de presentar la oferta, independiente de que sea general, específica, habilitante o puntuable. En ese sentido, a efectos a aplicar estas reglas de desempate, se debe evaluar que los porcentajes de experiencia requeridos en dichos numerales sean cumplidos respecto de todos aquellos requisitos de experiencia que la entidad haya contemplado en el pliego de condiciones, y que el proponente haya acreditado al presentar la oferta.

«4. Con relación al concepto usado en el numeral 2 de preferir la propuesta de la “mujer” cabeza de familia (…), la cual se modifica en el numeral 7 sin razón alguna a “madre” cabeza de familia (…), entendemos que dicha modificación es producto de un error, en la medida en que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1496 de 2014, unificó ambos conceptos así: “La definición de madre cabeza de familia no solo comprende a la mujer que tiene hijos menores de edad o discapacitados que dependen de forma económica y exclusiva de ella, advirtió que dicho concepto debe integrarse armónicamente con el de mujer cabeza de familia”, con lo cual, entendemos que cuando el literal 7 ibidem, se refiere a “madre” cabeza de familia, también abarca, según lo indicado por la corte, el concepto de “mujer” cabeza de familia».

 Conforme a lo expuesto, la diferencia entre *mujer de cabeza de familia* y *madre cabeza de familia,* es insustancial para la aplicación los factores de desempate de los numeral 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. En ambos casos, lo que debe evaluarse para aplicar ambos criterios de desempate, es si la persona de quien se predica la condición de *mujer de cabeza de familia* o *madre cabeza de familia,* cumple con los elementos de la noción del artículo 2 del la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008. Para tales efectos, resultará relevante la declaración ante notario a la que se refiere el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista 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 |

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. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277 [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. En: https://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/funciones-y-deberes [↑](#footnote-ref-14)
15. Es importante tener en cuenta que el factor de desempate del numeral 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 únicamente es aplicable a proponentes plurales, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en los literales a, b y c. De acuerdo con esta disposición, para definir el desempate deberán examinarse tres elementos importantes respecto del proponente plural: i) la calidad y porcentaje de participación de los miembros del proponente plural; ii) La experiencia aportada en la oferta; y, iii) la relación entre los miembros del proponente plural.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Así también ha sido comprendido en otros documentos contractuales como el Documento Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, que en el numeral 4.6.al respecto señala: c) en relación con el integrante del literal a) ni la madre cabeza de familia o la persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas socios o representantes legales podrán ser empleados, socios o accionistas de otro de los integrantes del proponente plural, para lo cual el integrante de que trata el literal a) lo manifestará diligenciando el «Formato 10 F Participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o personas en proceso de reincorporación y/o reintegración». (Subrayado fuera del texto). [↑](#footnote-ref-16)
17. Como ocurre, por ejemplo, en la licitación de obra pública de infraestructura de transporte donde dependiendo de la actividad a contratar y la cuantía del Proceso de Contratación, es viable la exigencia tanto de experiencia general como de experiencia específica por expresa disposición del Documento Tipo. Sin embargo, la exigencia de la experiencia específica es algo excepcional, ya que el Documento Tipo señala que «La entidad únicamente podrá solicitar experiencia específica cuando la Matriz 1 – Experiencia lo establezca». [↑](#footnote-ref-17)
18. Numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-18)
19. «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». [Énfasis fuera de texto] [↑](#footnote-ref-19)
20. 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-20)
21. Ley 790 de 2002. «Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley». [↑](#footnote-ref-21)
22. Constitución Política de Colombia. «Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

»El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia».

 [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional. Sentencia SU-388 del 13 de abril de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Los presupuestos establecidos por esta sentencia, en relación con la condición de madre cabeza de familia, han sido objeto de reiteración en las siguientes providencias de la Corte: T-493 de 2005, T-650 de 2005, T-768 de 2005, T-773 de 2005, T-090 de 2006, T-200 de 2006, T-356 de 2006, T-478 de 2006, T-593 de 2006, C-154 de 2007, T-874 de 2007, T-1052 de 2007, T-357 de 2008, T-1211 de 2008, T-833 de 2009, T-330 2010, A. 226 de 2012, T-992 de 2012, T-200 de 2013, T-316 de 2013, T-803 de 2013, T-420 de 2017, T-679 de 2017, SU.691 de 2017, T-701 de 2017, T-003 de 2018, T-084 de 2018, y T-388 de 2020. [↑](#footnote-ref-23)
24. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-1496 del 12 de febrero de 2014. Exp. 43118. M. P. Rigoberto Echeverri Bueno. [↑](#footnote-ref-24)