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**

[…] 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**

[…] 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 de 2020 – Artículo 35 – Aplicación directa**

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».

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Acreditación**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece medios específicos para acreditar las circunstancias a las que se refieren sus numerales y que dan lugar a la aplicación de las reglas de desempate. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral.

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

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 2 – Numeral 7 – Concepto jurídico indeterminado – Participación – Capital social – Utilidades – Acciones – Cuotas – Partes de interés**

El artículo 35, los numerales 2 y 7, de la Ley 2069 de 2020 utilizan un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la *participación mayoritaria* de las mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o personas en proceso de reintegración o reincorporación en la persona jurídica. El decreto reglamentario que se expida podría precisar con mayor claridad este requisito. A menos de indicarse lo contrario en dicha reglamentación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española dice que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos». Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae en algunos casos en proporción a las acciones, cuotas o partes de interés, asociadas a los aportes que los socios realizan al capital. No obstante, conforme se desprende del artículo 150 del Código de Comercio, la titularidad de acciones, cuotas o partes de interés, a su vez determina la proporción en que debe hacerse el reparto de utilidades. En ese sentido, teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia, una mujer víctima de la violencia intrafamiliar o una persona en proceso de reincorporación esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando»; sino que la participación debe entenderse en términos de la composición accionaria o cuotas parte.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 2 – Numeral 7 – Concepto jurídico indeterminado – Participación mayoritaria – Superior al 50%**

Si bien las normas en comento no definieron en que consiste el carácter mayoritario de la participación, se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en los numerales 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o las personas en proceso de reincorporación o reintegración cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Esa misma expresión contenida en el literal a del numeral 7 del artículo 35, implica que, para aplicar este criterio de desempate, la persona jurídica integrante del proponente plural deba acreditar que cuenta con una participación de más del cincuenta por ciento (50%) sobre el total de acciones, cuotas o partes de interés de la respectiva sociedad. Lo anterior sin perjuicio que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.



Señora

**Ximena Alexandra Pachón Anzola**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 582 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 – Aplicación directa / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 2 – Numeral 7 – Concepto jurídico indeterminado – Participación – Capital social – Utilidades – Acciones – Cuotas – Partes de interés / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 2 – Numeral 7 – Concepto jurídico indeterminado – Participación mayoritaria – Superior al 50% |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210902007985 |

Estimada señora Pachón:

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 la consulta remitida por la Superintendencia de Sociedades el 2 de septiembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta referida a los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», solicitando lo siguiente:

«[…] 1. En el numeral 2 establece: "... 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;...". Agradezco se me aclare la frase "participar mayoritariamente" ya que podría entenderse de múltiples maneras que me permito citar:

a) Las mujeres serán socio o accionista y ceder el 51% de las acciones de la empresa a las mujeres de tal manera que la sumatoria de las acciones entregadas a las mujeres que cumplan con dicha característica sumen el 51% del porcentaje accionario

b) Las mujeres no se constituirán como socio o accionista sino entregarle el 51% de las utilidades a las mujeres

c) La participación debe ser en la capital o solo en las utilidades

2. En el numeral 7 establece "... 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...". Agradezco s eme aclare la palabra "participar" ya que podría entenderse de la siguiente manera: a) La participación debe ser en la capital o solo en las utilidades».

1. **Consideraciones**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Por tanto, la Agencia carece de atribuciones para resolver interrogantes relacionados con la interpretación de normas de derecho societario.

 En ese sentido, se encuentra que la aclaración solicitada por el peticionario no tiene sustento en normas relativas a la contratación estatal, sino en las disposiciones comerciales por las que se rige el contrato de sociedad. En esta medida, la Subdirección carece de competencia para pronunciarse sobre el particular en los términos solicitados por el peticionario, máxime cuando del texto de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no surge la diferenciación sobre la que versa la consulta. No obstante, teniendo en cuenta que la solicitud se relaciona con los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento, se resolverá la misma en lo estrictamente referido a la aplicación de estas disposiciones en el sistema de compras y contratación pública, dentro de los límites de la competencia consultiva atribuida a esta Agencia.

Para estos efectos, la Subdirección de Gestión Contractual analizará los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) aplicación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada ley y iv) interpretación del concepto de «participación mayoritaria» en los factores de desempate de los numerales 2 y 7.

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 manera más reciente, particularmente, en los conceptos C-302 de 24 de junio de 2021, C-320 del 1 de julio de 202, C-338 del 12 de julio de 2021, C-444 del 23 de julio de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, entre otros, se estudiaron los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020[[1]](#footnote-2). Las tesis desarrolladas en dichos 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 adecuados, 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. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[5]](#footnote-6), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[6]](#footnote-7). De igual forma, 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. Aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones. Esto sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 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 es importante, 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 la Ley de Emprendimiento.

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

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

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

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

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

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[10]](#footnote-11). En criterio de esta Agencia, esta norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 dispone que esta ley «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 –esto es, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

**2.4. Interpretación del concepto de *«participación mayoritaria»* en los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, es necesario hacer referencia al objeto de la consulta. En ella se indaga sobre como debe interpretarse la referencia a la «*participación mayoritaria»*, contenida en los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35. Dicho numerales disponen 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

[…]

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.

[…]

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. [Énfasis fuera de texto]

Como se advierte, por un lado, estos numerales–al igual que los demás del artículo 35de la Ley de Emprendimiento– no establecen medios específicos 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.

Ahora bien, estos dos factores de desempate coinciden parcialmente en cuanto a los grupos demográficos que benefician –mujeres cabeza de familia–, pero desarrollan supuestos de hecho disimiles. El del numeral 2 beneficia a los proponentes que acrediten ser mujeres cabeza de familia[[11]](#footnote-12) o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar[[12]](#footnote-13), a las personas jurídicas en las que estas «participen mayoritariamente», así como a los proponentes plurales que conformen. Por su lado, el factor de desempate del numeral 7 beneficia, únicamente, a los proponentes plurales siempre que acrediten las condiciones descritas en los correspondientes literales, uno de los cuales implica demostrar que el consorcio o la unión temporal está integrado por al menos una persona natural con la condición madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración o, en su defecto, que el proponente sea una persona jurídica en la cual individuos con estas condiciones «participan mayoritariamente».

Como se aprecia ambos factores hacen referencia a la «participación mayoritaria» de personas pertenecientes a determinados grupos demográficos en las personas jurídicas que fungen como proponentes, como circunstancias determinantes de los supuestos de hecho en función de los cuales operan estas reglas de desempate. Al respecto debe indicarse que, cuando que se hace tal referencia, el ordenamiento utiliza un concepto jurídico indeterminado, el cual podría, eventualmente, ser acotado por el decreto reglamentario que se expida para precisar con mayor nitidez este requisito. A menos que se indicara lo contrario en dicha reglamentación para establecer el alcance de dicho concepto debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española explica que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[13]](#footnote-14), mientras define «participación» como «Parte que se posee en el capital de un negocio o de una empresa»[[14]](#footnote-15). Estas nociones son acordes con el derecho societario, bajo el entendimiento que la participación en una sociedad puede establecerse en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así se desprende de los dispuesto, entre otros, en los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta esto, ha sido criterio de esta Agencia que la participación en la persona jurídica a la que hacen referencia los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 debe entenderse en términos de la composición accionaria o cuotas parte, de conformidad con las disposiciones indicadas del derecho societario. En consecuencia, en lo referido al factor de desempate del numeral 2 no basta con que un proponente tenga en su planta a mujeres que reúnan alguna de las referidas condiciones mientras que a efectos de acreditar el requisito del literal a del numeral 7 no basta con que el integrante del proponente plural tenga contratados personas en proceso de reincorporación, sino que, en ambos casos, se debe demostrar la participación de las mismas, según el certificado de existencia y representación legal. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

En ese sentido, se estima que la participación a la que hacen referencia los supuestos de hecho de los factores de desempate bajo estudio está asociada a la propiedad de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad –proponente o integrante del proponente plural– en cabeza de mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas en procesos de reincorporación y reintegración, lo que, en principio, evidencia una relación con la conformación del capital social, en la medida que las acciones, cuotas o partes de interés son representativos de los aportes de los socios al mismo. De igual forma, ello también se encuentra asociado a la distribución de las utilidades conforme al artículo 150 del Código de Comercio, en el que se indica que este debe hacerse «[…] en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa». No obstante, la Agencia considera que este último criterio es poco fiable, ya que –a título de ejemplo– no existiría reparto cuando se obtienen pérdidas o retienen las utilidades para capitalizar el negocio.

En ese sentido, si bien es cierto que una cosa es la participación en el capital social de la sociedad y otra la distribución sus utilidades, estos asuntos están eventualmente relacionados, en la medida en que las utilidades se reparten entre los socios en proporción a los aportes representados en las acciones, cuotas o partes de interés. Sin embargo, si no existe reparto de utilidades por pérdidas operacionales o por su reinversión para capitalizar la sociedad, la Agencia estima que el criterio determinante para aplicar los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es entender que la participación mayoritaria corresponde a la participación en el capital. En otras palabras, al margen de las eventual distinción que pudiera existir en el derecho societario entre participación en el capital de una sociedad y en sus utilidades, lo que demanda la acreditación del requisito de participación mayoritaria es la titularidad por parte de mujeres cabeza de familia, mujeres victimas de violencia intrafamiliar y/o personas en procesos de reincorporación de acciones, cuotas o partes de interés de las respectivas sociedades, participación que se supone representativa de los aportes de capital.

En todo caso, si bien las normas en comento no definieron en que consiste el carácter mayoritario de la participación, puede afirmarse –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en los numerales 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o las personas en proceso de reincorporación o reintegración cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Esa misma expresión contenida en el literal a del numeral 7 del artículo 35, implica que, para aplicar este criterio de desempate, la persona jurídica integrante del proponente plural deba acreditar que cuenta con una participación de más del cincuenta por ciento (50%) sobre el total de acciones, cuotas o partes de interés de la respectiva sociedad. Lo anterior sin perjuicio que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.

En el evento de que una mujer cabeza de familia, una mujer víctima de violencia intrafamiliar o una persona en proceso de reincorporación o reintegración tenga participación superior al 50% en la persona jurídica, podría presentarse uno de los eventos de *situación de control* en materia societaria. Lo anterior con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 261 del Código de Comercio, que prescribe lo siguiente:

Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido *por una o varias personas naturales* o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad (énfasis fuera de texto).

Así también lo ha reconocido la doctrina, al señalar que «[…] es claro que si un socio posee más del 50%, así sea persona natural, asume la calidad de controlante de la sociedad»[[15]](#footnote-16). En aquellos casos en los cuales la persona jurídica se encuentra obligada a estar inscrita en el Registro Único de Proponentes –RUP– para participar en un proceso de contratación[[16]](#footnote-17), el certificado del RUP debe dar cuenta de la situación de control existente, pues así lo exige el numeral 2.2. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

2. Si es una persona jurídica:

[…]

2.2. Certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si la persona jurídica está obligada a tenerlo, o el auditor o contador, en el que conste que el interesado no es parte de un grupo empresarial, no ejerce control sobre otras sociedades y no hay situación de control sobre el interesado, en los términos del Código de Comercio. Si el grupo empresarial o la circunstancia de control existe, en el certificado debe constar la identificación de los miembros del grupo empresarial, la situación de control y los controlantes y controlados.

Sin embargo, no necesariamente la procedencia de los factores de desempate regulados en el artículo 35, numerales 2 y 7, de la Ley 2069 de 2020 presupone la demostración de una situación de control, porque puede suceder que la participación mayoritaria la tengan varias mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar, o personas en proceso de reincorporación o reintegración –o sea, no una de ellas individualmente considerada– y que, a pesar de eso, no exista situación de control. Esto en la medida en que el mencionado numeral emplea una expresión que alude a los verbos –en singular y en plural– «participe o participen mayoritariamente». En otras palabras, podría presentarse el supuesto en que si bien la participación en la sociedad que cumplan con las referidas condiciones, sea mayoritaria en su sumatoria, no haya situación de control.

En tales términos, cuando los factores de desempate de los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 hacen referencia al requisito de participación mayoritaria aluden a la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de acciones, cuotas o partes de interés de una sociedad por parte de personas pertenecientes a los referidos grupos demográficos. Esto es, en el caso del numeral 2, mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar, mientras que el numeral 7 a madres cabeza de familia y/o personas en procesos de reincorporación. En este contexto, dicha participación debe ser representativa de los aportes al capital.

**3. Respuestas**

«[…] 1. En el numeral 2 establece: "... 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;...". Agradezco se me aclare la frase "participar mayoritariamente" ya que podría entenderse de múltiples maneras que me permito citar:

a) Las mujeres serán socio o accionista y ceder el 51% de las acciones de la empresa a las mujeres de tal manera que la sumatoria de las acciones entregadas a las mujeres que cumplan con dicha característica sumen el 51% del porcentaje accionario

b) Las mujeres no se constituirán como socio o accionista sino entregarle el 51% de las utilidades a las mujeres

c) La participación debe ser en la capital o solo en las utilidades

2. En el numeral 7 establece "... 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...". Agradezco s eme aclare la palabra "participar" ya que podría entenderse de la siguiente manera: a) La participación debe ser en la capital o solo en las utilidades».

Conforme a lo expuesto, dentro de los límites atribuida por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estima que los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 utilizan un concepto jurídico indeterminado, cuando se refieren a la *participación mayoritaria* de las mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o personas en proceso de reintegración o reincorporación, en la persona jurídica. El decreto reglamentario que se expida podría precisar con mayor claridad este requisito. A menos de indicarse lo contrario en dicha reglamentación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española explica que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos». Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae en proporción a las acciones, cuotas o partes de interés, asociadas a los aportes realizados al capital. En ese sentido, teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que no basta con que una mujer cabeza de familia, una mujer víctima de la violencia intrafamiliar o una persona en proceso de reincorporación esté vinculada laboralmente o prestando un servicio para asumir que está «participando». Esto en la medida que la participación debe entenderse en términos de la composición accionaria o cuotas parte, pues que el reparto de utilidades es eventual en caso de pérdidas, retención de los beneficios entre otras circunstancias.

 El carácter mayoritario de la participación al que hace referencia los numerales 2 y 7 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, de conformidad con el derecho societario, está determinado por el hecho de que más del cincuenta por ciento (50%) de la participación en la persona jurídica –singular o conjuntamente– sea de personas pertenecientes a los referidos grupos demográficos. Esto es, en el caso del numeral 2, mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar, mientras que el numeral 7 a madres cabeza de familia y/o personas en procesos de reincorporación. En este contexto, dicha participación debe ser representativa de los aportes al capital.

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

Atentamente,



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

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente entre los meses de enero y junio de 2021 también emitió los siguientes conceptos en los que se estudiaron diferentes asuntos relacionados con la aplicación e interpretación de la Ley 2069 de 2020: C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 4 de febrero de 2021, así como en los conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-081 y C-087 del 23 de febrero de 2021, C-044 del 3 de marzo de 2021, C-056 del 10 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, C-101 del 24 de marzo de 202, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-136, C-138 y C-139 del 7 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 y C-165 de 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-181 del 28 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-100 y C-206 del 3 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180, C-207, C-209 y 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-235 del 27 de mayo de 2021, C-265 del 1 de junio de 2021, C-272 del 9 de junio de 2021, [↑](#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 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-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. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

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

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

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

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

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. [↑](#footnote-ref-12)
12. El artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, dispone que «Las situaciones de violencia que dan lugar a la atención de las mujeres, sus hijos e hijas, se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales». Según los artículos 16 y 17 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este el juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena –en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas–. La medida de protección se debe emitir en una providencia motivada. Por lo tanto, este documento permite acreditar la situación de mujer víctima de violencia intrafamiliar. Las autoridades competentes mencionadas con anterioridad deben «[…] remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos», según lo determina el parágrafo 3 del artículo 17 de la referida Ley. En consecuencia, no basta la copia de la denuncia en la Fiscalía para acreditar que se es víctima de violencia intrafamiliar, pues se requiere la providencia que establezca la medida de protección procedente. [↑](#footnote-ref-13)
13. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-14)
14. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participación [↑](#footnote-ref-15)
15. VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden societario. 4ª ed. Medellín: Señal Editora, 2014. p. 674. [↑](#footnote-ref-16)
16. Los dos primeros incisos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012, disponen que: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-17)