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 escogencia 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 habilitación 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.

**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 los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección. 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 – Finalidad**

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 que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley. En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas , así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública . También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento , se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia**

En este contexto, el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021. […] Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 es regulada por su artículo 8, el cual establece que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición». De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho lapso

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1680 de 2021 – Mujeres cabeza de familia – Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria**

El artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. Con anterioridad a la expedición del Decreto 1860 de 2021 […]. [S]e ha acudido a su significado en el lenguaje común, el cual indica que el término designa la acción de «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 sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo a la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Esta interpretación se encuentra hoy reflejada en el desarrollo reglamentario de los factores de desempate producido por el Decreto 1860 de 2021, de cuyo texto surge con claridad que la participación mayoritaria a la que se refiere el factor de desempate en estudio tiene que ver con la distribución de acciones, utilidades o cuotas partes de la sociedad que funge como proponente singular o integrante de uno plural. Así se desprende del texto del inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 arriba transcrito, que al establecer el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar «[…] un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar». De acuerdo con esto, la manera en la que se ha reglamentado el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite concluir que, las personas jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de este criterio de desempate son aquellas en las que más del 50% de la composición accionaria o cuota parte se encuentre en cabeza de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.



Bogotá, 04 Febrero 2022

Señora

**Andrea Carolina Molina Naranjo**

Cereté, Córdoba

 **Concepto C ‒ 750 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia – Finalidad/ LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1680 de 2021 – Mujeres cabeza de familia – Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211224011739 |

Estimada señora Molina Naranjo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

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

«Teniendo en cuenta el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que regula los factores de desempate que aplican en los procedimientos de selección, a partir del cual, surge el interrogante en cuanto al criterio Mujer Cabeza de Familia con respecto al siguiente enunciado:

“No basta con que la persona jurídica o uno de los integrantes del consorcio o unión temporal tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demostrar la participación de las mismas, con el correspondiente certificado de existencia y representación o con los documentos estatutarios respectivos– tratándose de personas jurídica”.

Entonces, ¿resulta necesario acreditar la vinculación y a su vez la participación de la mujer madre cabeza de familia para cumplir con el criterio exigido?

Asimismo, solicitamos información respecto a si una misma persona puede acreditar dos factores de desempate, es decir, si en el caso de una persona que acredite la calidad de indígena y además, ésta misma persona también posea la condición de adulto mayor, por consiguiente puede acreditar ambos factores de desempate, tanto el numeral 4 como el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020».

1. **Consideraciones**

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 conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021 , C-320 del 1 de julio de 2021, 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 del 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-617 del 6 diciembre de 2021, C-584 del 13 de diciembre de 2021, C-689 del 5 de enero de 2022, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan 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 escogencia 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 habilitación 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 los mismos. 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 contractual.

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 los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población2. 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 19933.

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

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

En cuando a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[2]](#footnote-3), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[3]](#footnote-4). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[4]](#footnote-5), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[5]](#footnote-6) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[6]](#footnote-7).

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.

 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, a continuación, indicará el alcance que la Agencia otorga a tales disposiciones, de conformidad con la doctrina producida por la Subdirección de Gestión Contractual en ejercicio de la función consultiva, que contribuirá a decantar la interpretación de la norma 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 ella.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

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

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, sin perjuicio de la competencia general prevista en el artículo 189.11 de Constitución Política de 1991, este 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.

Lo explicado en los párrafos precedentes es importante, porque el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021[[7]](#footnote-8).

 De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021 modificó la Subsección [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, particularmente, los artículos 2.2.1.2.1.5.1, 2.2.1.2.1.5.2, 2.2.1.2.1.5.3, 2.2.1.2.1.5.4 y 2.2.1.2.1.5.5, relacionados con la modalidad de mínima cuantía y la implementación de los cambios introducidos por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.  Por su parte, el artículo 3 del referido decreto adicionó los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, disposiciones relacionadas con la definición de empresas y emprendimientos de mujeres, los criterios diferenciales para estas y para las mipymes, establecidos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020. El artículo 3, además, adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.16, que, de conformidad con el artículo 34 de la referida ley, reglamenta el fomento de la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, y también introduce el artículo 2.2.1.2.4.2.17, el cual reglamenta los factores de desempate del artículo 35 *ibídem*, estableciendo los medios de acreditación de cada uno de los supuestos de hecho en función de los cuales operan.

El artículo 4 del Decreto 1860 de 2021 adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9) de la Subsección 1 de la Sección 3 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, norma que regula la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. Dicho parágrafo faculta a Colombia Compra Eficiente para definir un valor de suficiencia diferencial para la garantía de seriedad de las ofertas presentadas por los emprendimientos y las empresas de mujeres, así como las presentadas por mipymes en los Acuerdos Marco de Precio, esto en concordancia con los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020.

 El artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 modificó la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, y el artículo 6, modificó el artículo 2.2.1.2.1.2.2, norma que regula el mecanismo de subasta inversa. Es importante anotar que, a través del artículo 5 *ejusdem,* el gobierno nacional reglamentó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, en consideración a las modificaciones realizadas por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, para lo que ajustó el contenido de los artículos 2.2.1.2.4.2.2, relativo a las convocatorias limitadas a mipymes, el artículo 2.2.1.2.4.2.3 sobre las limitaciones a mipymes en función del factor territorial y el artículo 2.2.1.2.4.2.4 alusivo a la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas.

 De otra parte, el artículo 7 del decreto recientemente expedido, modificó el contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.8 de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, alusivo al sistema de preferencias en favor de las personas con discapacidad. La modificación realizada reemplazó la referencia al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, que anteriormente reglamentaba los factores de desempate, por una remisión al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, disposiciones por las que ahora se rigen los criterios de desempate.

 Por último, debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 es regulada por su artículo 8, el cual establece que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición». De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho término[[8]](#footnote-9).

**2.3. La participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar como factor de desempate y su acreditación**

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que ha sido reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, es necesario hacer referencia al objeto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre la interpretación del numeral 2 del artículo 35 *ibídem,* en el que se consagra un factor de desempate relacionado con la participación de mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar. El artículo citado dispone 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 […]. (Énfasis fuera de texto)

Como se advierte, el texto del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere este numeral. Por lo tanto, en principio, 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, existe libertad probatoria. Al respecto, esta Agencia ha sostenido que, dicho 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.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, precepto que reglamenta la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableciendo unos medios de acreditación específicos para cada una de las diferentes circunstancias a las que se refieren los factores de desempate, los cuales deberán aplicarse en los procesos de selección en los que rija el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En lo referente al criterio de desempate del numeral 2 del artículo 35 *ibídem,* el artículo 2.2.1.2.4.2.17 establece:

[…] 2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia. Su acreditación se realizará en los términos del parágrafo del artículo [2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4640#2)de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31591#1)de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario. En la declaración que se presente para acreditar la calidad de mujer cabeza de familia deberá verificarse que la misma dé cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo [2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4640#2)de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31591#1)de la Ley 1232 de 2008.

Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo [21](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34054#21)de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo [16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34054#16)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, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un *certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad****,*** aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.

Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, en cuanto a la acreditación de la condición de mujer cabeza de familia, el primer inciso del numeral 2, realiza una referencia al artículo [2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4640#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 el artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31591#1)de la Ley 1232 de 2008[[9]](#footnote-10), disposición que establece la declaración ante notario como mecanismo para demostrar la calidad de mujer cabeza de familia[[10]](#footnote-11). Lo propio hace el inciso segundo del numeral 2 de la norma reglamentaria en comento en lo relativo a la demostración de la condición de mujer víctima de violencia intrafamiliar, al remitir al artículo 21 de la Ley 1257 de 2008[[11]](#footnote-12), «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», el cual dispone que las situaciones de violencia intrafamiliar se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin lugar a más requisitos[[12]](#footnote-13). Esto en concordancia con 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–.

 De acuerdo con lo anterior, la regulación de los medios de acreditación establecidos en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, se hace a partir de una articulación normativa con las disposiciones legales señaladas, las cuales regulan, de manera general, la acreditación de las condiciones de mujer cabeza de familia y mujer víctima de violencia intrafamiliar. En ese sentido, lo que procura el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 es que, en los procesos de contratación pública, la acreditación de las referidas calidades se rija por la normativa de rango legal que regula la materia. En ese sentido, independientemente de que el contenido del Decreto 1860 de 2021 solo entre a regir tres (3) meses después de su expedición, tratándose de los medios de acreditación establecidos para las calidades de mujer cabeza de familia y mujer víctima de violencia intrafamiliar, no cabe duda que, a la fecha, son aplicables los establecidos en los artículos [2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4640#2)de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31591#1)de la Ley 1232 de 2008, y el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, en la medida en que estas disposiciones legales se encuentran vigentes.

 Como se desprende del texto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este factor de desempate no aplica únicamente en favor de las personas naturales que acrediten las referidas condiciones, sino también a las personas jurídicas en las que «participen mayoritariamente». Adicionalmente, dentro del ámbito de aplicación de este factor de desempate además entran los proponentes plurales conformados exclusivamente por personas naturales y/o jurídicas que reúnan alguna de las otras condiciones que aplican a los proponentes singulares, de tal manera que, para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido por: i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la «persona jurídica», en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. Con anterioridad a la expedición del Decreto 1860 de 2021, en los múltiples conceptos expedidos con relación a la noción de participación mayoritaria, el criterio reiterado de esta Agencia había sido la interpretación literal de la norma, en atención a 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 aplicación de este criterio interpretativo, y en consideración a la ausencia de una definición legal del término «participar», se ha acudido a su significado en el lenguaje común, el cual indica que el término designa la acción de «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[13]](#footnote-14). Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Esta interpretación se encuentra hoy reflejada en el desarrollo reglamentario de los factores de desempate producido por el Decreto 1860 de 2021, de cuyo texto surge con claridad que la participación mayoritaria a la que se refiere el factor de desempate en estudio tiene que ver con la distribución de acciones, utilidades o cuotas partes de la sociedad que funge como proponente singular o integrante de uno plural. Así se desprende del texto del inciso tercero del precitado numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, que al establecer el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar «[…] un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar».

De acuerdo con esto, la manera en la que se ha reglamentado el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite concluir que, las personas jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de este criterio de desempate son aquellas en las que más del 50% de la composición accionaria o cuota parte se encuentre en cabeza de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esta circunstancia, de conformidad con el inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, debe demostrarse mediante certificación emitida por el representante o revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento, a la que además deberán acreditarse documentos mediante los que se demuestren las condiciones de jefatura de familia o víctima de violencia intrafamiliar, respecto de las mujeres titulares de la participación de la sociedad, de acuerdo con los incisos primero y segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021.

En ese sentido, con relación a la hipótesis planteada en el primer interrogante de la consulta debe descartarse que, el factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplique en función de la conformación de la planta de personal de la persona jurídica. Esto dado que, como se deriva de lo hasta aquí explicado, la participación mayoritaria a la que alude este factor de desempate no tiene que ver con la proporción de vinculaciones laborales de los referidos sujetos. Esto a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los factores de desempate de los numerales 4 y 5 del artículo 35[[14]](#footnote-15), cuyos supuestos de hecho implican la acreditación de determinadas proporciones de la nómina del proponente, al igual que las vinculaciones laborales de personas en condición de discapacidad, personas mayores no beneficiarias de pensión de vejez y personas pertenecientes a poblaciones indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas, respectivamente.

De otra parte, en cuanto a la acreditación de los factores de desempate, debe señalarse que con la expedición del Decreto 1860 de 2021, adicionando el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, se reglamentó de manera clara cuales serían los medios que obligatoriamente deberían aplicar las entidades estatales, una vez comience a regir el contenido de este último artículo. En lo atinente a la acreditación del factor de desempate del numeral 2 del artículo de la Ley 2069 de 2020 por parte de personas jurídicas, como se mencionó *supra*, los medios establecidos fueron una certificación bajo la gravedad de juramentada acompañada de los documentos que demuestren que las titulares de la participación mayoritaria son mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar.

Esto significa que, al reglamentar la acreditación de este factor de desempate por parte de personas jurídicas, el gobierno nacional optó por establecer la referida certificación como el mecanismo para acreditar la participación mayoritaria, por lo que, para efectos de este factor de desempate, no sería pertinente la acreditación de esta circunstancia por medio de otros documentos. En ese sentido, el gobierno nacional se decantó por un mecanismo que facilita la acreditación a los proponentes, el cual además es conducente para realizar la demostración de la composición accionaria o de cuotas partes de la sociedad. Lo anterior con preferencia a otros documentos como certificaciones de existencia y representación, libros de accionistas o algunos otros documentos, que si bien también podrían ser conducentes para demostrar la distribución accionaria de una sociedad, puede que no necesariamente tengan la información más actualizada a la fecha de presentación de las ofertas, por la dinámica comercial a la que están sujetas las acciones y cuotas partes de algunos tipos de sociedades comerciales.

 Ahora, los medios de acreditación para personas jurídicas dispuestos en el inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, comenzarán a regir una vez transcurridos los señalados tres (3) meses desde la expedición del Decreto 1860 de 2021. En consideración a esto, mientras no sea obligatoria la referida norma, la competencia para definir el medio de acreditación de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, sigue siendo de las entidades estatales, quienes deben, en primer lugar, analizar el marco jurídico, para determinar si existe o no libertad probatoria respecto de la acreditación de determinada circunstancia, y de ser así, discrecionalmente, definir en el pliego de condiciones la manera en la que el proponente tendrá que probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020, si en un procedimiento de selección se presenta una persona jurídica o proponente plural en los que la participación mayoritaria en la composición accionaria o de cuotas partes, es de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, se prefiere a este sobre los demás oferentes. Teniendo en cuenta que participar, de acuerdo con el derecho societario, debe entenderse como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo con el aporte en dinero o trabajo, no basta con que una mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar esté vinculada laboralmente o prestando un servicio, para asumir que está «participando».

De otra parte, para responder la segunda parte de la consulta, dirigida a esclarecer la posibilidad de que se acredite respecto de una misma persona los supuestos de hecho de varios factores de desempate, debe acudirse al mandato de aplicación sucesiva y excluyente establecido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esto comoquiera que, una de las implicaciones de esta disposición es que la acreditación de cada criterio de desempate deba estudiarse de manera separada, lo que supone que, ante una situación de empate, una entidad debe proceder por acudir al primer criterio de desempate, y de persistir al empate, ya sea porque ambos oferentes acrediten el primer factor, o porque ninguno lo cumple, proceder a aplicar el segundo, y así sucesivamente hasta que se determine la oferta ganadora. En medio de esto, la aplicación excluyente supone que la acreditación de un factor de desempate por parte de determinado oferente, se evalué de manera separada, independiente de lo acreditado para los otros factores.

De esta manera, el hecho de que un proponente acredite que ciertos miembros de su planta de personal ostentan determinada condición, en función de la cual es aplicable un factor de desempate, no excluye la posibilidad de que, en el mismo proceso de contratación, el proponente aplique a otro factor de desempate demostrando que las mismas personas cumplen con otra condición en función de la cual opera un factor de desempate distinto. En ese sentido, nada obsta para que, por ejemplo, un proponente acredite que cuenta con el mayor porcentaje de nómina integrado por personas mayores no beneficiarias de pensión –art. 35, num-. 4–, y que esos mismos trabajadores o una porción de estos, que equivale al 10% del total del personal, está integrada por personas indígenas, afrocolombianas, raizales y/o gitanas–art. 35, num, 5–.

Esta posibilidad tampoco fue restringida por las disposiciones introducidas por el Decreto 1860 de 2021, las cuales al reglamentar la aplicación de los factores de desempate se limitaron a establecer los medios de acreditación de cada una de las circunstancias, sin desarrollar reglas tendientes a excluir del ámbito de aplicación de un factor de desempate la acreditación de condiciones o circunstancias relacionadas con los supuestos de hechos de los demás factores. Esto se aprecia, por ejemplo, en los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, que al reglamentar los criterios de desempate de los numeral 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableció los documentos a través de los cuales los proponentes, de manera obligatoria, deben acreditar los supuestos de hecho de tales factores. Lo anterior, sin que del contenido de estas disposiciones se derive que la acreditación de la condición de persona mayor no beneficiaria de pensión, a efectos de aplicar el factor del numeral 4, excluya la posibilidad de que también se demuestre su calidad de indígena, afrocolombiana, raizal o gitana, y que en función de esto aplique el factor del numeral 5.

**3. Respuestas**

«Teniendo en cuenta el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que regula los factores de desempate que aplican en los procedimientos de selección, a partir del cual, surge el interrogante en cuanto al criterio Mujer Cabeza de Familia con respecto al siguiente enunciado:

“No basta con que la persona jurídica o uno de los integrantes del consorcio o unión temporal tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demostrar la participación de las mismas, con el correspondiente certificado de existencia y representación o con los documentos estatutarios respectivos– tratándose de personas jurídica”.

Entonces, ¿resulta necesario acreditar la vinculación y a su vez la participación de la mujer madre cabeza de familia para cumplir con el criterio exigido?».

De conformidad con lo expuesto, el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, en principio, utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. En principio, no habiendo una definición legal de la acción de participar, la Agencia ha precisado este concepto a partir de la noción de la acción de «participar», que, según el Diccionario de la Lengua Española, implica «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos», lo cual es acorde con el derecho societario, en el cual se entiende que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo a la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, la noción de participación mayoritaria, en el marco del referido factor de desempate, ha sido precisada por el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, disposición que reglamenta la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. En lo relativo a la acreditación de la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o víctimas de violencia intrafamiliar por parte de personas jurídicas, el inciso tercero del numeral 2 de la referida norma reglamentaria dispone que esta deberá ser certificada por el respectivo representante legal o revisor fiscal, según corresponda, presentando un «[…] certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar».

De esta manera, la norma reglamentaria expedida por el gobierno nacional se encuentra en armonía con el entendimiento de la participación mayoritaria en el contexto del derecho societario, en el que esta se relaciona con la composición accionaria o distribución de las cuotas partes de las sociedades comerciales. En ese sentido, para que una persona jurídica aplique al factor de desempate del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no basta con que mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar estén vinculadas laboralmente o prestando un servicio, para asumir que están «participando», ya que estos tipos de vinculación no se encuentran dentro del supuesto de hecho de esta regla de desempate.

Para acreditar el supuesto de hecho del referido factor desempate, de conformidad con el inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, además del mencionado certificado que, de cuenta de la composición accionaria, los oferentes deberán acreditar las calidades de cabeza de familia y/o víctima de violencia intrafamiliar de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas. Para tales efectos, deberá aplicarse lo dispuesto en los incisos primero y segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. El primero de estos incisos regula la demostración de la calidad de mujer cabeza de familia, para lo cual remite al medio probatorio dispuesto en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, mientras que el segundo inciso hace lo propio con la acreditación de la condición de mujer víctima de violencia intrafamiliar, remitiendo al artículo 21 de la Ley 1257 de 2008.

Debe advertirse que, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, su contenido será obligatorio en los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique una vez transcurridos tres (3) meses desde expedición del decreto, lo cual tuvo lugar el 24 de diciembre de 2021. En atención a esto, considerando que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es una norma de aplicación directa, mientras se hace obligatoria la aplicación de la referida norma reglamentaria, son las entidades estatales que adelantan los procesos de contratación quienes tienen el deber de consultar el marco jurídico vigente, para establecer si las circunstancias con base en las cuales operan los factores de desempate están sometidas a un medio de prueba exclusivo o un régimen de «tarifa legal», ya que de ser así este será el mecanismo para acreditar el factor de desempate. En caso contrario, es decir, de no existir dicha «tarifa legal», la entidad estatal en el marco de su autonomía, de manera discrecional, deberá establecer los respectivos medios de prueba que resulten más adecuados y proporcionales para demostrar el cumplimiento de los respectivos factores de desempate.

«Asimismo, solicitamos información respecto a si una misma persona puede acreditar dos factores de desempate, es decir, si en el caso de una persona que acredite la calidad de indígena y además, ésta misma persona también posea la condición de adulto mayor, por consiguiente puede acreditar ambos factores de desempate, tanto el numeral 4 como el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020».

De acuerdo con lo expuesto en el presente oficio, la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, debe realizarse de manera sucesiva y excluyente. Esto implica que, la acreditación de cada unos de los factores de desempate deba analizarse de manera separada, sin que la acreditación de calidades o circunstancias respecto de determinadas personas, para efectos de determinado factor, excluya la posibilidad de tener en cuenta a esa misma persona para la aplicación de otros factores, siempre que cumplan los respectivos supuestos de hecho.

Por ello, nada obsta para que, por ejemplo, un proponente opte por la aplicación de los factores de desempate de los numerales 4 y 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, acreditando que su nómina está integrada en cierto porcentaje por personas mayores no beneficiarias de pensión, y que, a la vez, aplique al factor de desempate del numeral 5, demostrando que esas personas mayores además son indígenas, afrocolombianas, raizales o gitanas, y hacen parte del 10% de trabajadores del proponente pertenecientes a dichos grupos poblacionales. Esta posibilidad tampoco fue restringida por las disposiciones introducidas por el Decreto 1860 de 2021, las cuales al reglamentar la aplicación de los factores de desempate se limitaron a establecer los medios de acreditación de cada una de las circunstancias, sin desarrollar reglas tendientes a excluir del ámbito de aplicación de un factor de desempate la acreditación de condiciones, calidades o circunstancias relacionadas con los supuestos de hechos de los demás factores.

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

Atentamente,



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

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 1860 de 2021. «Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32,34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento». [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 1860 de 2021. «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos [2.2.1.2.4.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.2)., [2.2.1.2.4.2.3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.3)., [2.2.1.2.4.2.4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.4)., [2.2.1.2.1.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.2.2) y [2.2.1.2.4.2.8](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.8).; adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.14)., [2.2.1.2.4.2.15](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.15)., [2.2.1.2.4.2.16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.16)., [2.2.1.2.4.2.17](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.17). y [2.2.1.2.4.2.18](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.18).; adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.1.2.2.9). del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

**»**Parágrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

  »La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo». [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 1232 de 2008. «Artículo 1º. El artículo 2º de la Ley 82 de 1993 quedará así:

   »Artículo 2º.*Jefatura femenina de hogar.*Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

   »En concordancia con lo anterior, 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.

   »Parágrafo.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».

 [↑](#footnote-ref-10)
10. 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». Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1257 de 2008. «Artículo 21. Acreditación de las situaciones de violencia. 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». [↑](#footnote-ref-12)
12. La Corte Constitucional ha establecido que la violencia intrafamiliar 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». Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-13)
13. El Diccionario de la Lengua Española. Consultado en: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-14)
14. «[…]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». [↑](#footnote-ref-15)