CCE-DES-FM-17

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1.150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

Pero, 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. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se halla 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. Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

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

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

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

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

[…], estos numerales no establecen un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Adulto mayor – Pensión – Requisito de edad**

En relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo en comento, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

No obstante, conforme a lo explicado en el Concepto 206 del 3 de mayo de 2021, también existe de la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que – sin perjuicio de lo que defina el reglamento– está más ajustada al principio de favorabilidad. A efectos de aplicar esta interpretación, es determinante la remisión realizada en la norma al «[…] requisito de edad de pensión establecido en la Ley», el cual, en el régimen pensional de la Ley 100 de 1993, está determinado por los artículos 33 y 36. El primero de estos artículos señala como requisitos, la edad de cincuenta (55) años en el caso de las mujeres y sesenta (60) años para los hombres, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del 36 indica que tales requisitos han sido incrementados en dos (2) años, correspondiendo a la fecha las edades de cincuenta y siete (57) y sesenta y dos (62) años, respectivamente.

Al respecto también es relevante el inciso segundo del artículo 36 que establece un régimen de transición para las mujeres y hombres que, a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hubiesen cumplido treinta y cinco (35) y cuarenta (40) años, respectivamente, y a quienes hubieran cotizado quince (15) años o más a dicha fecha. La edad de pensión de las personas beneficiarias de este régimen de transición, por expresa disposición del mencionado inciso «[…]será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados», lo cual debe tenerse en cuenta al aplicar el factor de desempate del artículo 35.4. Esto significa que, el requisito de edad de pensión de vejez al que se refiere este último artículo, debe ser determinado a partir del requisito de edad aplicable a los sujetos vinculados a la planta de personal del proponente en función de los cuales se opta al factor de desempate, el cual, en principio, son las edades de cincuenta y siete (57) y sesenta y dos (62) años para mujeres y hombres, respectivamente, sin perjuicio de que se apliquen edades diferentes a personas beneficiarias del régimen de transición al que hace referencia el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Pensión – Requisito de edad – Prepensionados**

[P]ara determinar la posibilidad de tener en cuenta a trabajadores con la condición de «prepensionados», a efectos de aplicar el factor de desempate del artículo 35.4, es necesario detener en el supuesto de hecho de la norma y en las condiciones que determinan tal calidad. Al respecto es necesario tener en cuenta que, conforme ha manifestado la Corte Constitucional, la calidad de prepensionado se predica de quienes, por la circunstancia de estar próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, son objeto de una estabilidad laboral reforzada tendiente a garantizar su derecho a la seguridad social . En ese sentido, quien goza de la referida protección no es beneficiario de una pensión, independientemente de que esté más o menos próximo a cumplir los requisitos del caso, es decir, se trata de personas a las que no se les ha reconocido pensión, ya sea porque no han cumplido el tiempo de servicio, no han cotizado las semanas requeridas, no han acumulado el monto necesario para financiar una pensión mínima o no han alcanzado la edad requerida en el régimen al cual se encuentre inscritas.

Ahora, el artículo 35.4 se refiere a «[…] 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», lo que indica que lo trabajadores prepensionados que, si hubiesen cumplido el requisito de edad, podrían ser tenidos en cuenta a efectos de que el proponente–empleador– acredite la circunstancia en virtud de la cual aplica la regla de desempate del artículo 35.4, comoquiera que estas personas, en estricto sentido, no son beneficiarias de la pensión, al no habérseles reconocido o pagado dicha prestación. Caso contrario ocurre tratándose de preprensionados que hubieren cumplido todos los requisitos exigibles para el reconocimiento de la pensión salvo el de edad, quienes, a pesar de no ser beneficiarios de pensión, no son susceptibles de ser considerados para acreditar lo dispuesto en el artículo 35.4, al no haber cumplido este último requisito, lo que los ubica por fuera del supuesto de hecho de dicho factor de desempate.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Acreditación – Proponentes plurales – Pliego de condiciones – Potestad discrecional**

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferente, este criterio de desempate debe aplicarse también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debe acreditar la proporción de personas mayores vinculadas a aquel y que además «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», para beneficiarse del factor de desempate. La norma guarda silencio sobre la acreditación de la condición que da lugar la aplicación del factor de desempate. Por tanto, esta Agencia considera que, sin perjuicio de que el reglamento que expida el Gobierno nacional determine un medio de acreditación especial, existe libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad estatal contratante puede determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál será el medio pertinente y conducente que permitirá evidenciar la vinculación de las personas mayores por parte del oferente. Dado que el artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 no dispone la forma en que los proponentes plurales acreditan el factor de desempate, es necesario que –conforme a lo explicado ut supra– este aspecto puntual se defina en el pliego de condiciones, pues ante la ausencia de regulación normativa se activa el ejercicio de potestades discrecionales . Por tanto, la entidad contratante puede definir si la vinculación de deben acreditarla todos o uno de los miembros del consorcio o la unión temporal.

Al respecto debe descartarse la posibilidad de exigir la acreditación del factor desempate por parte del proponente plural como ente autónomo distinto de sus integrantes, ya que la naturaleza jurídica de estas figuras asociativas no lo permite. Esto comoquiera que los proponentes plurales no tienen personalidad jurídica, sino que se trata de personas naturales y/o jurídicas que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 , se asocian para presentar ofertas conjuntas en procesos de selección, tras la expectativa de que les sea adjudicado un contrato estatal que, eventualmente, ejecutaran de forma conjunta en los porcentajes de participación o distribución establecidas. En virtud de esto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 les otorga capacidad contractual para suscribir el contrato estatal, sin que ello signifique que el consorcio constituya una persona jurídica diferente de sus integrantes, quienes deberán responder de forma solidaria por las obligaciones contraídas como consorcio o unión temporal. En sentido, son los miembros del consorcio o la unión temporal quienes están llamados a contratar y aportar el personal necesario para ejecutar las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato que se les ha adjudicado, no teniendo el proponente plural–individualmente considerado– capacidad para contraer obligaciones laborales, por lo que resulta un contrasentido exigir que sea este quien acredite el factor de desempate del artículo 35.4, ya que jurídicamente no es viable, máxime considerando que el proponente plural se constituye para participar en proceso .

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Parágrafo segundo – Capital humano – Vinculación laboral – Antigüedad**

Por otro lado, el artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral –es decir, a través de un contrato de trabajo–, por lo cual Colombia Compra Eficiente considera que, en principio y salvo que el decreto reglamentario proferido por el Gobierno nacional disponga lo contrario, resultaría inadmisible la vinculación de dichas personas a través de otros tipos contractuales, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Como se observa la norma se refiere a la vinculación de trabajadores, lo cual excluye la posibilidad de acreditar el factor de desempate con prestadores de servicios.



Señores

**Carlos Andrés Duarte Valenzuela**

**John Flavio Colmenares Virgüez**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 286 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Adulto mayor – Pensión – Requisito de edad / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Pensión – Requisito de edad – Prepensionados / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Acreditación – Proponentes plurales – Pliego de condiciones – Potestad discrecional / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Parágrafo segundo – Capital humano – Vinculación laboral – Antigüedad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210503003759 |

Estimados señores Duarte y Colmenares:

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 3 de mayo de 2021.

1. **Problemas planteados**

El peticionario relata una serie de hechos sucedidos en el marco de diferentes procesos contractuales, en los que se evidencia una aplicación disímil del factor de desempate del artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020, asuntos sobre los que se solicita aclaración.

De lo relatado por el peticionario se coligen las siguientes preguntas: i) ¿Se puede tener en cuenta a personas vinculadas en la condición de *pre-pensionados* a efectos de aplicar el factor de desempate del artículo 35.4?; ii) ¿Cuál es la edad a partir de las cual se considera a una persona mayor? ¿Debe entenderse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?; iii) ¿Cómo debe aplicarse el factor de desempate artículo 35.4 a proponentes plurales? ¿Debe acreditarlo el proponente plural o deben hacerlo sus integrantes?; iv) ¿Como aplica lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35 para proponentes plurales en relación con el factor de desempate del numeral 4 de dicha norma? ¿Es exigible la antigüedad de un año del correspondiente personal como condición para beneficiarse del factor de desempate?

1. **Consideraciones**

Antes de proceder a responder las preguntas señaladas debe advertirse que, de conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública solo está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares, ni para validar hipótesis o actuaciones, ni para referirse a procesos de contratación en concreto desarrollados por las entidades estatales. En tales términos, se procederá a absolver la solicitud de consulta de conformidad con los interrogantes arriba precisados, explicando la postura de la Agencia sobre la aplicación de las normas relevantes, con el alcance señalado por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dicho lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020 y iii) aplicación y acreditación del factor de desempate consagrado en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 respecto de proponentes plurales

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021,C-008 del 16 de febrero de 2021, C-081, C-087 y C-089 del 23 de febrero de 2021, C-044 del de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C‒055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-114 del 13 de marzo de 2021, C-101 del 24 de marzo de 2021, C-117 del 26 de marzo de 2021 C-136, C-138 y C-139 del 7 de abril de 2021, C-141 del 8 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-160 del 20 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-181 y 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 y C-272 del 9 de junio de 2021, se estudiaron los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende 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[[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 población[[2]](#footnote-3). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

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

**2.2. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

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

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

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 y acreditación del factor de desempate consagrado en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 respecto de proponentes plurales**

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 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunas normas de la Ley de Emprendimiento establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en la misma.

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.

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.

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 referirse a la parte de esta norma que suscita la consulta. Las inquietudes planteadas por el peticionario versan sobre la aplicación del factor de desempate previsto en el numeral 4. Dicha disposición establece lo siguiente:

Artículo 35. Factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes

[…]

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

[…]

Parágrafo segundo. Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

Como se advierte, este numeral –al igual que los demás de este artículo– no establece un medio específico para acreditar la circunstancia a la que se refiere. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante al elaborar los pliegos de condiciones analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el Gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

En relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo en comento, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

No obstante, conforme a lo explicado en el Concepto 206 del 3 de mayo de 2021, también existe la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que –sin perjuicio de lo que defina el reglamento– está mas ajustada al principio de favorabilidad. A efectos de aplicar esta interpretación, es determinante la remisión realizada en la norma al «[…] requisito de edad de pensión establecido en la Ley», el cual, en el régimen pensional de la Ley 100 de 1993, está determinado por los artículos 33 y 36[[9]](#footnote-10). El primero de estos artículos señala como requisitos, la edad de cincuenta (55) años en el caso de las mujeres y sesenta (60) años para los hombres; sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del 36 indica que tales requisitos han sido incrementados en dos (2) años, correspondiendo a la fecha las edades de cincuenta y siete (57) y sesenta y dos (62) años, respectivamente.

Al respecto también es relevante el inciso segundo del artículo 36 que establece un régimen de transición para las mujeres y hombres que, a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hubiesen cumplido treinta y cinco (35) y cuarenta (40) años, respectivamente, y a quienes hubieran cotizado quince (15) años o más a dicha fecha. La edad de pensión de las personas beneficiarias de este régimen de transición, por expresa disposición del mencionado inciso «[…]será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados», lo cual debe tenerse en cuenta al aplicar el factor de desempate del artículo 35.4. Esto significa que, el requisito de edad de pensión de vejez al que se refiere este último artículo, debe ser determinado a partir del requisito de edad aplicable a los sujetos vinculados a la planta de personal del proponente en función de los cuales se opta al factor de desempate, el cual, en principio, son las edades de cincuenta y siete (57) y sesenta y dos (62) años para mujeres y hombres, respectivamente, sin perjuicio de que se apliquen edades diferentes a personas beneficiarias del régimen de transición al que hace referencia el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, para determinar la posibilidad de tener en cuenta a trabajadores con la condición de «*prepensionados»,* a efectos de aplicar el factor de desempate del artículo 35.4, es necesario analizar con detalle el supuesto de hecho de la norma y en las condiciones que determinan tal calidad. Al respecto es necesario tener en cuenta que, conforme ha manifestado la Corte Constitucional, la calidad de prepensionado se predica de quienes, por la circunstancia de estar próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, son objeto de una estabilidad laboral reforzada tendiente a garantizar su derecho a la seguridad social[[10]](#footnote-11). En ese sentido, quien goza de la referida protección no es beneficiario de una pensión, independientemente de que esté más o menos próximo a cumplir los requisitos del caso, es decir, se trata de personas a las que no se les ha reconocido pensión, ya sea porque no han cumplido el tiempo de servicio, no han cotizado las semanas requeridas, no han acumulado el monto necesario para financiar una pensión mínima o no han alcanzado la edad requerida en el régimen al cual se encuentre inscritas.

Ahora, el artículo 35.4 se refiere a «[…] 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», lo que indica que lo trabajadores prepensionados que, si hubiesen cumplido el requisito de edad, podrían ser tenidos en cuenta a efectos de que el proponente –empleador– acredite la circunstancia en virtud de la cual aplica la regla de desempate del artículo 35.4, comoquiera que estas personas, en estricto sentido, no son beneficiarias de la pensión, al no habérseles reconocido o pagado dicha prestación. Caso contrario ocurre tratándose de preprensionados que hubieren cumplido todos los requisitos exigibles para el reconocimiento de la pensión, salvo el de edad, quienes, a pesar de no ser beneficiarios de pensión, no son susceptibles de ser considerados para acreditar lo dispuesto en el artículo 35.4, al no haber cumplido este último requisito, lo que los ubica por fuera del supuesto de hecho de dicho factor de desempate[[11]](#footnote-12).

Por otro lado, el numeral 4 dispone que en dicho evento la regla de desempate se aplica a favor del «[…] oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». De este modo, cuando la norma se refiere a la «mayor proporción» alude al número de personas vinculadas por el oferente y que además reúnan la condición de ser mayores y que «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», añadiendo que la «vinculación en mayor proporción» debe analizarse respecto al número de trabajadores de la planta de personal.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal». Igualmente, en el artículo 29 ibidem, también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso».

Conforme a la definición del Diccionario de la RAE, la palabra «proporción» es la «Igualdad de dos razones». Esta expresión tiene una definición propia en el campo de las matemáticas, pues alude a una relación o razón constante entre diferentes magnitudes que se vayan a medir. Por esta razón, la «[…] mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley» no corresponde a un valor absoluto, sino relativo.

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

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

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

Dado que el artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 no dispone la forma en que los proponentes plurales acreditan el factor de desempate, es necesario que –conforme a lo explicado *ut supra*– este aspecto puntual se defina en el pliego de condiciones, pues ante la ausencia de regulación normativa se activa el ejercicio de potestades discrecionales[[12]](#footnote-13). Por tanto, la entidad contratante puede definir si la vinculación deben acreditarla todos o uno de los miembros del consorcio o la unión temporal.

Al respecto debe descartarse la posibilidad de exigir la acreditación del factor desempate por parte del proponente plural como ente autónomo distinto de sus integrantes, ya que la naturaleza jurídica de estas figuras asociativas no lo permite. Esto comoquiera que los proponentes plurales no tienen personalidad jurídica, sino que se trata de personas naturales y/o jurídicas que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-14), se asocian para presentar ofertas conjuntas en procesos de selección, tras la expectativa de que les sea adjudicado un contrato estatal que, eventualmente, ejecutarán de forma conjunta en los porcentajes de participación o distribución establecidas. En virtud de esto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-15) les otorga capacidad contractual para suscribir el contrato estatal, sin que ello signifique que el consorcio constituya una persona jurídica diferente de sus integrantes, quienes deberán responder de forma solidaria por las obligaciones contraídas como consorcio o unión temporal. En este sentido, son los miembros del consorcio o la unión temporal quienes están llamados a contratar y aportar el personal necesario para ejecutar las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato que se les ha adjudicado, no teniendo el proponente plural –individualmente considerado– capacidad para contraer obligaciones laborales, por lo que resulta un contrasentido exigir que sea este quien acredite el factor de desempate del artículo 35.4, ya que jurídicamente no es viable, máxime considerando que el proponente plural se constituye para participar en el procedimiento de selección, con la expectativa de ser eventualmente el adjudicatario y ejecutor del contrato[[15]](#footnote-16).

No obstante, lo anterior no significa que los proponentes plurales no puedan acreditar el factor de desempate del artículo 35.4, ya que este factor de desempate puede ser acredito por uno, varios o todos los proponentes. A tales efectos, en tanto no sea reglamentada la acreditación de este factor de desempate, corresponde a las entidades estatales en el ejercicio de potestades discrecionales, definir en el pliego de condiciones –o documento equivalente– las reglas según las cuales se aplicará el factor de desempate, determinando si corresponde a uno, algunos o todos los miembros del proponente plural acreditar las circunstancias requeridas para beneficiarse de la referida regla de desempate.

Por otro lado, el artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral –es decir, a través de un contrato de trabajo–, por lo cual Colombia Compra Eficiente considera que, en principio y salvo que el decreto reglamentario proferido por el Gobierno nacional disponga lo contrario, resultaría inadmisible la vinculación de dichas personas a través de otros tipos contractuales, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Como se observa la norma se refiere a la vinculación de trabajadores, lo cual excluye la posibilidad de acreditar el factor de desempate con prestadores de servicios.

Conforme a lo anterior, en la medida en que el factor de desempate del artículo 35.4 debe ser acreditado por los integrantes del proponente plural –y no por este como ente autónomo–, no existe dificultad para que estos acrediten la antigüedad exigida por el parágrafo segundo de la norma, habida cuenta de que los miembros del proponente plural, al ser personas naturales o jurídicas, sí tienen la posibilidad de contraer obligaciones laborales. En ese sentido, son los miembros del proponente plural a quienes corresponde acreditar la antigüedad de un (1) año de las vinculaciones de personas mayores no beneficiarias de pensión que hubieren cumplido el requisito de edad, o por lo menos desde la constitución de la persona jurídica, en el caso de que esta tuviere menos tiempo de creación.

Finalmente, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al Gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

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

**3. Respuesta**

i) ¿Se puede tener en cuenta a personas vinculadas en la condición de *prepensionados* a efectos de aplicar el factor de desempate del artículo 35.4?;

De conformidad con lo expuesto, las personas beneficiarias de estabilidad laboral reforzada, en la condición de prepensionados, pueden ser tenidas en cuenta a efectos de acreditar el factor de desempate del artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020, siempre y cuando ya hubiesen cumplido el requisito de edad de pensión. Por el contrario, las personas prepensionadas que no hubieren cumplido el requisito de edad de pensión no son susceptibles de ser consideradas para acreditar el mencionado factor de desempate, al no cumplir con el supuesto de hecho de la norma que exige dicho requisito.

 ii) ¿Cuál es la edad a partir de las cual se considera a una persona mayor? ¿Debe entenderse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?.

En relación con lo previsto en el artículo 35.4 de la Ley 2069, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente.

 No obstante, sin perjuicio de lo que defina el reglamento, también existe la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que está más ajustada al principio de favorabilidad. En este caso, el requisito de edad de pensión estará determinado lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o la norma que determine el requisito de edad aplicable a la persona vinculada en virtud del régimen de transición dispuesto en el inciso segundo de dicha norma.

iii)¿Cómo debe aplicarse el factor de desempate artículo 35.4 a proponentes plurales? ¿Debe acreditarlo el proponente plural o deben hacerlo sus integrantes?;

El numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 guarda silencio sobre la acreditación de la condición que da lugar la aplicación del factor de desempate. Por tanto, esta Agencia considera que, sin perjuicio de que el reglamento que expida el gobierno nacional determine un medio de acreditación especial, existe libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad estatal contratante puede determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál será el medio pertinente y conducente que permitirá evidenciar la vinculación en mayor proporción de personas mayores no beneficiarias de pensión por parte del oferente.

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferentes, dicho criterio de desempate se debe aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debe acreditar la proporción de personas mayores vinculadas a aquel y que además «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», para beneficiarse del factor de desempate. Ante el silencio de la norma en señalar el procedimiento de acreditación y evaluación para el caso de las estructuras plurales, así como la ausencia de reglamento que lo haga, esta Agencia considera que las entidades estatales cuentan con discrecionalidad administrativa para definir dicha metodología en el pliego de condiciones o documento equivalente, respetando los principios de igualdad y proporcionalidad. En ejercicio de dicha potestad discrecional, las entidades estatales deberán establecer en el pliego de condiciones si el factor de desempate lo deben acreditar uno, varios o todos los miembros del proponente plural.

iv) ¿Como aplica lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35 para proponentes plurales en relación con el factor de desempate del numeral 4 de dicha norma? ¿Es exigible la antigüedad de un año del correspondiente personal como condición para beneficiarse del factor de desempate?

El artículo 35.4 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). De igual forma, en tratándose de proponentes plurales la antigüedad de las vinculaciones laborales deberá ser acreditada por los miembros del proponente plural, conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones.

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: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor 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. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 100 de 1993. «**Artículo 33.** Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

   »1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre.

   »2. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.

   **»Parágrafo 1º.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrán en cuenta:

[…]

**»Artículo 36.** Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

   »La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley».  [↑](#footnote-ref-10)
10. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: «4.1. La garantía de la estabilidad laboral reforzada implica para el trabajador, en ciertas circunstancias, el poder continuar desempeñando sus funciones siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato con el empleador se mantenga vigente y no existan razones que deriven en la inviabilidad de su continuación. Esta figura, definida en la forma que antecede, ha sido aplicada en favor del empleado para proteger otros derechos fundamentales de los que es titular. […] acudiendo a tal garantía […] se ha establecido, *prima facie*, la imposibilidad de finalizar el contrato de quien está *ad portas* de cumplir los requisitos exigidos por ley para pensionarse.

  »4.3. […] la Ley 790 de 2002 –artículo 12–, previó, con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública a partir del cual algunas entidades de la Rama Ejecutiva serían restructuradas o liquidadas, un mecanismo de salvaguardia especial, denominado *retén social*. Esa protección consistía, fundamentalmente, en que las personas que tenían la expectativa de cumplir con los requisitos establecidos en la ley –edad y semanas cotizadas– para pensionarse en el lapso de los tres años siguientes a la promulgación de la norma debían ser mantenidas, durante el mayor tiempo posible, en sus cargos. […] No obstante, a pesar de que la protección legal nació para los trabajadores que se encontraban en la situación descrita en el párrafo precedente, esta Corporación ha estimado que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serían aquellos en que se haya desvinculado a un servidor público por razones distintas a la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, o cuando lo propio haya sucedido con un trabajador vinculado a una entidad de orden privado». Sentencia T-055 del 17 de febrero de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-11)
11. Para determinar la calidad de prepensionada de una persona es importante tener en cuenta el régimen pensional al que se encuentra afiliado, ya que al variar los requisitos son diferentes las consideraciones a realizar para determinar dicha condición. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: «[E]l alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en              la Sentencia SU-003 de 2018. […] Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que *“la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones*(…)*”*(párrafo 62). Habida cuenta de esta última consideración, […] quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida […] de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos *a* [persona que está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas] y *c [*persona que está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad] podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

 4.7. Ahora bien, como ya se manifestó, la Corte ha contemplado la posibilidad de que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda ser considerado un prepensionado. Pero dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos, la valoración que haga el juez constitucional respecto a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada para ese tipo de afiliados debe tener en cuenta ese presupuesto. De manera que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima». (Sentencia T-055 del 17 de febrero de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal: la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2012. p. 87 y ss. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 80 de 1993: «**Artículo 7o. De los consorcios y uniones temporales.** Para los efectos de esta ley se entiende por:

   »1. **Consorcio:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

   »2. **Unión Temporal:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

   »**Parágrafo 1o.** Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

   »Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

   »**Parágrafo 3o.**En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios» [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 80 de 1993: «**Artículo 6o. De la capacidad para contratar.** Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

   »Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

   [↑](#footnote-ref-15)
15. Sobre la responsabilidad por las obligaciones laborales asociadas a proponentes plurales, se ha prinunciado el Ministerio del Trabajo en ejercicio de su función consultiva. Al respecto ha señalado: «[E]l consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, pero conservando los consorciados, su independencia jurídica, lo que implica que como tal, el Consorcio no goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación jurídica que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente en cabeza de las sociedades que lo conforman.

»Así las cosas, es de advertir, que no es el consorcio quien contrata personal ni es empleador, sino que cada una de las empresas consorciadas tiene su propia planta de personal y dispondrán de lo necesario para adelantar el objeto constituido. En consecuencia, resulta claro que el consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, pero conservando los consorciados, su independencia jurídica, lo que implica que como tal, el Consorcio no goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación jurídica que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente en cabeza de las sociedades que lo conforman.

»De tal forma, las obligaciones laborales no reposan en cabeza del consorcio como tal, al no ser una persona jurídica no es sujeto de derechos ni de obligaciones, de tal forma que las obligaciones laborales, están en cabeza de cada una de las sociedades que conforman el Consorcio. Pues estos y las uniones temporales, como se mencionó anteriormente, son el resultado del acuerdo de dos o más personas que de mantenerse conjunta presenten una misma propuesta para licitar, celebrar y ejecutar contratos». (Ministerio del Trabajo. Grupo Interno de Trabajo de atención a consultas en materia de Seguridad Social Integral. Concepto 54903 del 2 de abril de 2014). [↑](#footnote-ref-16)