CCE-DES-FM-17

**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.

**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 – Numeral 2 – Mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria – Variación – Ejecución del contrato**

[D]el texto de la Ley 2069 de 2020, resulta claro que la única condición para beneficiarse del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 es la acreditación de su supuesto de hecho en alguna de sus variantes. Al respecto, hasta tanto no entre en vigencia la reglamentación de la referida norma, las entidades deben definir en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes los medios de acreditación de tales supuestos de hecho, teniendo en cuenta los medios establecidos por la ley para su demostración o certificación. Sin embargo, tal posibilidad no puede conducir a la exigencia de mantener la circunstancia acreditada durante el tiempo de ejecución del contrato, ya que ello no se desprende de lo establecido en la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para reglamentar los factores de desempate podría establecer un requisito adicional de cara al mantenimiento de las circunstancias en atención a las cuales opera el factor de desempate, durante la ejecución del contrato. No obstante, en el proyecto que el Departamento Nacional de Planeación ha puesto a disposición de la ciudadanía para observaciones, no se aprecia requerimiento en ese sentido respecto del factor de desempate del numeral 2 . Esto a diferencia de lo contemplado por el artículo 3 de dicho proyecto, que al adicionar el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015, para el factor del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no solo exige la acreditación de la conformación de la planta de personal por personas en condición de discapacidad en un diez por ciento (10%), sino también la manifestación del compromiso de mantener «[…] dicho personal por un lapso igual al término de ejecución del contrato». De acuerdo con lo anterior, la variación de la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar, por parte de una persona jurídica que se ha beneficiado del factor de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, per se, no genera ninguna consecuencia inmediata de cara a la ejecución del contrato. En ese sentido, el hecho de beneficiarse del mencionado factor de desempate no entraña el compromiso de mantener la conformación accionarían acreditada durante el lapso de ejecución del contrato.

**SOCIEDADES NUEVAS ‒ Experiencia ‒ Inferior a tres años ‒ Requisitos habilitantes ‒ Desarrollo de la empresa**

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede entenderse como una medida de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes. […]

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

**EXPERIENCIA – Conservación – Sociedades – Menor a 3 años de constitución**

[…] en atención al principio general de interpretación según el cual donde el legislador no distingue no le es dado hacerlo al interprete, el hecho de que una sociedad con menos de 3 años de constitución haya hecho uso de la referida prerrogativa en determinado proceso de contratación o entidad, no excluye la posibilidad de que dicha sociedad siga haciendo uso del beneficio en otros procesos de contratación adelantados por otras entidades, incluso una vez vencidos los 3 años de constitución, siempre que no hayan cesado los efectos del RUP por el incumplimiento del deber de renovación.

**EXPERIENCIA – Sociedades – Menor a 3 años de constitución – Pérdida de la calidad de socio – Ejecución del contrato**

[D]e manera similar a lo manifestado respecto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que el mantenimiento de la calidad de socio de la persona que adquiere la experiencia durante la ejecución del contrato no es un requisito que exija el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015. Por tanto, de la aplicación de la referida prerrogativa no se desprende la obligación de que dicho socio mantenga dicha calidad durante la ejecución del contrato. Dicho requerimiento además resulta irrazonable debido a las múltiples causas fortuitas o de fuerza mayor que pueden determinar la pérdida de la calidad de socio, como, por ejemplo, la muerte del socio persona natural o la liquidación del socio persona jurídica. De acuerdo con lo anterior, la pérdida de la calidad de socio durante la ejecución de un contrato no debería tener, para la persona jurídica contratista, consecuencia distinta de la no poder seguir acreditando la experiencia del exsocio en futuros procesos de contratación. En ese sentido, el uso de la prerrogativa establecida en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, no entraña una limitación a la posibilidad de enajenar la participación accionaria del socio que transfiere la experiencia a la persona jurídica durante la ejecución del contrato, más si pudiera significar que no se pueda seguir acreditando tal experiencia por parte de la sociedad.



Señor

**Jhon Fredy Alvis Caviedes**

Medellín, Antioquia

 **Concepto C ‒ 348 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 2 – Mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria – Variación – Ejecución del contrato / SOCIEDADES NUEVAS ‒ Experiencia ‒ Inferior a tres años ‒ Requisitos habilitantes ‒ Desarrollo de la empresa / EXPERIENCIA – Sociedades – Menor a 3 años de constitución – Pérdida de la calidad de socio – Ejecución del contrato  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210601004792 |

Estimado señor Alvis:

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 31 de mayo del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, cuyas dos primeras preguntas indagan en torno al factor de desempate del artículo 35-2 de la Ley 2069 de 2020, mientras que las dos últimas se refieren al numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015. Los interrogantes son:

«1. ¿Durante la ejecución de un contrato que ha sido adjudicado a raíz de la aplicación de este factor de desempate, la mujer(es) cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar puede enajenar o ceder sus acciones o su participación dentro de esa sociedad?

2. ¿Qué pasaría si durante la ejecución de ese mismo contrato, la mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar pierde su condición de accionista, socio o constituyente, ya sea por la venta o la cesión de su participación o por su muerte?

3. ¿Durante la ejecución del contrato el socio, accionista o constituyente que aportó la experiencia a la sociedad tiene algún impedimento para negociar o ceder su participación?

4. ¿Qué sucede si durante la ejecución de un contrato, que ha sido adjudicado a la una sociedad con menos de tres años de constitución, el socio, accionista o constituyente pierde esa calidad?».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta tras analizar los siguientes temas: i) Concepto y características de los factores de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) aplicación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en el numeral 2, y iv) acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha estudiado temas relacionados con la aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los Conceptos C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, 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-234 del 24 de mayo de 2021, C-235 del 27 de mayo de 2021, C-239 y C-242 del 25 de mayo de 2021, C-247 del 1 de junio de 2021, C-270 del 6 de junio de 2021, C-271 y C-272 del 9 de junio de 2021, C-277 del 21 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021 y C-320 del 1 de julio de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación:

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

***2.1.1. 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 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.

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede resolverse 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, como las del 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».

***2.1.2. 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.

***2.1.3. Aplicación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en el numeral 2***

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, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

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

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

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

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

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

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

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 menester hacer referencia al objeto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre la aplicación del factor de desempate previsto en el numeral 2 del artículo 35, el cual está redactado así:

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.

[…].

Como se advierte, este, al igual que los demás numerales, no establece 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, existe 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.

Así, en relación con el numeral 2 del artículo 35, 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»[[9]](#footnote-10). El proponente también podrá acreditar que la oferta ha sido presentada por mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, situación que, como también ha precisado la Corte Constitucional, se define como «[…] aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia»[[10]](#footnote-11).

El parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 –«Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia»– establece que «La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo». Por lo tanto, a menos que una norma posterior disponga lo contrario, tal declaración basta para acreditar la condición de mujer cabeza de familia[[11]](#footnote-12).

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, dispone que «Las situaciones de violencia que dan lugar a la atención de las mujeres, sus hijos e hijas, se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales». Según los artículos 16 y 17 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este el juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena –en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas–. La medida de protección se debe emitir en una providencia motivada. Por lo tanto, este documento permite acreditar la situación de mujer víctima de violencia intrafamiliar. Las autoridades competentes mencionadas con anterioridad deben «[…] remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos», según lo determina el parágrafo 3 del artículo 17 de la referida Ley. En consecuencia, no basta la copia de la denuncia en la Fiscalía para acreditar que se es víctima de violencia intrafamiliar, pues se requiere la providencia que establezca la medida de protección procedente.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no establece que este factor de desempate únicamente puede aplicarse cuando en la persona jurídica existe participación mayoritaria *solo* de mujeres cabeza de familia o *solo* de mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar. Lo que dispone es que se debe «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» [cursiva fuera de texto]. Como se observa, la norma utiliza la expresión «[…] o participen […]», lo que significa que permite aplicar el factor de desempate cuando en una misma persona jurídica participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar.

Para beneficiarse del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido 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.

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. El decreto reglamentario que se expida podría precisar con mayor nitidez este requisito. A menos que se indicara lo contrario en dicha reglamentación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En tal sentido, teniendo en cuenta que no hay definición legal expresa, el Diccionario de la Lengua Española explica que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[12]](#footnote-13). 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.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 35, numeral 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 las utilidades es de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, se prefiere a este sobre los demás oferentes. En relación con la coexistencia de causales, se debe aplicar lo que determina el parágrafo del artículo 35 de la mencionada ley, según el cual «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 ausencia de esta reglamentación, conforme al inciso primero de la norma citada, las entidades deberán aplicar los factores de desempate en forma sucesiva y excluyente.

Teniendo en cuenta que participar debe entenderse –a menos que el reglamento disponga lo contrario– como tomar parte en la sociedad o proponente plural, de acuerdo al aporte en dinero o trabajo, esta Agencia considera que 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». Al menos no es eso lo que se deduce del derecho societario, como ya se explicó. En consecuencia, no basta con que 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 estas, según el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural. Sin embargo, se aclara que esta es la interpretación que por ahora la Agencia considera más razonable y que no desconoce la posibilidad de que el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo.

Ahora bien, en la consulta se indaga respecto de si la aplicación del factor de desempate bajo estudio deviene en alguna limitación para la enajenación de las acciones o el cambio de las cuotas de participación de la sociedad. En relación con ese punto, la consulta planteada en las dos primeras preguntas apunta a determinar las consecuencias de la variación de las circunstancias que dan lugar a la referida regla de desempate durante la ejecución del contrato. En otras palabras, la consulta implica determinar si el hecho de beneficiarse de la aplicación de la regla de desempate del artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 supone la obligación del contratista –persona jurídica– de mantener en su conformación accionaria la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o víctimas de la violencia intrafamiliar.

Sobre el particular es necesario advertir que dicho compromiso no se desprende del contenido del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta norma, fuera de la descripción del supuesto de hecho del numeral 2, no establece un requerimiento adicional para la aplicación del factor de desempate referido a la antigüedad de la participación mayoritaria, o a algún compromiso de mantenerla durante la ejecución del contrato. En contraste con los factores que implican vinculación de capital humano –como, por ejemplo, el del numeral 3 del artículo 35–, para los que el parágrafo 2 exige, como regla general, una antigüedad previa mayor o igual a un año, esta condición no es exigible respecto del factor del numeral 2. Lo anterior en la medida que su supuesto de hecho no versa sobre la vinculación de trabajadores sino sobre la calidad mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar, o la participación mayoritaria de estas en la persona jurídica que actúa como proponente.

No obstante, el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 no establece el deber de mantener durante la ejecución del contrato los hechos que dan lugar a la aplicación del factor de desempate. Por tanto, al no estar ello regulado en la causal, no resulta exigible el compromiso de mantener la participación mayoritaria durante la ejecución del contrato[[13]](#footnote-14). Esto además es razonable, en la medida en que es problemático limitar la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad durante el tiempo de ejecución de un contrato estatal, que, en ocasiones, es de tracto sucesivo y por ello se suele extender en el tiempo.

En todo caso, del texto de la Ley 2069 de 2020, resulta claro que la única condición para beneficiarse del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 es la acreditación de su supuesto de hecho en alguna de sus variantes. Hasta tanto no entre en vigencia la reglamentación correspondiente, las entidades deben definir en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes los medios de acreditación de tales supuestos de hecho, teniendo en cuenta los medios establecidos por la ley para su demostración o certificación. Sin embargo, tal posibilidad no puede conducir a la exigencia de mantener la circunstancia acreditada durante el tiempo de ejecución del contrato, ya que ello no se desprende de lo previsto en la ley.

De acuerdo con lo anterior, la variación de la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar, por parte de una persona jurídica que se ha beneficiado del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, *per se*, no genera ninguna consecuencia inmediata de cara a la ejecución del contrato. En ese sentido, el hecho de beneficiarse del mencionado factor de desempate no implica el compromiso de mantener la conformación accionaría acreditada durante el plazo de ejecución del contrato.

**2.2. Acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección y no otorgarán puntaje. Lo anterior con excepción de la selección de consultores mediante un concurso de méritos, donde es posible otorgar puntaje al criterio de experiencia.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En relación con el requisito habilitante de experiencia, en el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» se define la experiencia como «el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato».

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, establece que si una persona natural se inscribe en el RUP aportará los certificados de experiencia en provisión de bienes, obras y servicios, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras y servicios, y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado[[14]](#footnote-15).

El numeral 2.5[[15]](#footnote-16) del mismo artículo señala que la persona jurídica se registrará aportando los certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado.

El interesado debe indicar en cada certificado, o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios, en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede entenderse como una medida de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes. A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

Este aspecto ofrece meridiana claridad en cuanto a su aplicación, pero el interrogante que ha generado la norma es el siguiente: ¿qué pasa después de que la sociedad a la que le ha sido permitido certificar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes cumple 3 años de su constitución? ¿puede seguir siendo beneficiaria de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015? Estos interrogantes han sido planteados a la Subdirección de Gestión Contractual y se han desarrollado, en torno a dos posiciones, que se plantean a continuación:

En el concepto identificado con radicado No. 4201814000001418 del 3 de abril de 2018, donde frente a la misma pregunta esta Subdirección respondió que después de cumplidos los 3 años contados desde la constitución de la sociedad, las entidades estatales no deberían tener como válida la experiencia acreditada por los socios, accionistas o constituyentes. Como fundamento de esta posición, la Subdirección consideró lo siguiente:

i) La posición de Colombia Compra Eficiente respecto a la validez de la experiencia de los accionistas, socios o constituyentes, acreditada en el RUP por una sociedad nueva, cuando está ya superó los 3 años de constituida, ha variado.

ii) El Decreto 1082 de 2015 establece que para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

iii) La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal.

iv) En consecuencia, la persona jurídica cuya constitución es menor a 3 años puede registrar la experiencia de sus socios en el RUP, la cual no podrá ser tenida en cuenta por la entidad estatal como experiencia de la sociedad una vez cumplidos los 3 años de constituida la persona jurídica a los que hace referencia la norma, pues no se cumple con el presupuesto normativo para acceder al beneficio que contempla el Decreto 1082.

v) Las Cámaras de Comercio hacen la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribir, renovar o actualizar su información en el RUP. De esa forma, a diferencia de la renovación, la actualización del RUP puede llevarse a cabo en cualquier momento ―únicamente para la capacidad jurídica y experiencia― y debe ser verificada junto con sus soportes por la Cámara de Comercio correspondiente.

La posición anterior, en relación con la posibilidad de que las sociedades nuevas puedan seguir acreditando la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, incluso después de cumplidos 3 años de constitución de la persona jurídica, fue superada y se ratificó por esta Subdirección la tesis que ya había sido desarrollada en el concepto del 7 de febrero de 2018[[16]](#footnote-17), recogida y unificada en el concepto con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019 en el que se sostuvo que las personas jurídicas que hubieran sido beneficiarias de la norma podían seguir acreditando la experiencia de sus socios o accionistas, inclusive después de transcurridos 3 años desde la constitución de la sociedad, siempre que se renovara constantemente el RUP.

Teniendo en cuenta lo anterior, aunque la persona jurídica tenga más de tres años de constituida y haya registrado inicialmente la experiencia de sus socios en el RUP –pues su constitución era inferior a tres años–, cuando este sea renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si el RUP no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Se reitera que la finalidad del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal. Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos[[17]](#footnote-18). En la actualidad, las cámaras de comercio solo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente. Por tanto, les corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar este registro para efectos de evaluar la experiencia.

En otras palabras, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro. Lo anterior, tiene fundamento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuyo numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el registro único de proponentes, dispone lo siguiente:

4.2.5. Vigencia de los documentos. Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte.

Así las cosas, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, aceptarán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas. En este sentido, si bien la norma no dispone qué sucede con la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes, después de los 3 años de constituida la persona jurídica, para esta Subdirección sigue siendo válida, por lo que la entidad la debe tener en cuenta. De esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

En línea con lo anterior, el numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 consagra una prerrogativa para las sociedades nuevas, que busca fomentar su competencia en el campo de la contratación estatal, sin establecer limitantes en relación con las entidades o procesos de contratación en los que las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución pueden acreditar la experiencia transferida por sus socios en virtud de la referida prerrogativa.

Por tanto, en atención al principio general de interpretación según el cual donde el legislador no distingue no le es dado hacerlo al interprete, el hecho de que una sociedad con menos de 3 años de constitución haya hecho uso de la referida prerrogativa en determinado proceso de contratación o entidad, no excluye la posibilidad de que dicha sociedad siga haciendo uso del beneficio en otros procesos de contratación adelantados por otras entidades, incluso una vez vencidos los 3 años de constitución, siempre que no hayan cesado los efectos del RUP por el incumplimiento del deber de renovación.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que el Decreto 1082 de 2015 solo permite que una sociedad acredite la experiencia de quienes tienen la calidad de accionistas, socios o constituyentes durante los primeros tres años de su constitución. Por tanto, si se pierden estas calidades, como sucedería cuando un socio se retira por venta o cesión de su participación y pierde su calidad de socio, ya no sería posible que la sociedad acredite la experiencia aportada por dicha persona.

Esta interpretación además se impone en atención al fin de evitar prácticas corruptas o que atenten contra la transparencia en la contratación estatal, por lo que la experiencia aportada por quien se retira no deberá tenerse en cuenta por las entidades estatales, y no debería ser utilizada por el proponente en procesos de contratación, ya que es inherente a la persona que la ha obtenido. En ese sentido si el socio se retira de la sociedad por venta o cesión de su participación accionaria, no puede vender o ceder su experiencia para que el adquirente o cesionario de la participación accionaria la aporte a la sociedad. En consecuencia, el proponente debería actualizar la experiencia en el RUP, actuando de buena fe en el proceso de contratación.

Por otra parte, en cuanto a la «liquidación» de las sociedades comerciales, esta subdirección en los conceptos C-051 del 02 de marzo de 2020, C-491 del 27 de julio y C-584 del 31 de agosto de 2020, ha indicado que, el Código de Comercio señala el procedimiento para realizar el inventario y distribución del patrimonio social, de lo cual se infiere que termina la persona jurídica[[18]](#footnote-19), y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió. Lo propio pasa con la muerte de uno de los socios, dado que, será jurídicamente inviable pretender que la experiencia de un sujeto que no existe sea transferida. En las situaciones mencionadas con anterioridad no es posible aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

Lo anterior se fundamenta, como se explicó en líneas atrás, en el carácter personalísimo de la experiencia respecto de la persona que la ha adquirido y que solo en casos excepcionales y por disposición legal o reglamentaria se presume de otra forma. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de una persona a otra, excepto cuando una sociedad es de reciente creación.

 Ahora, las preguntas 3 y 4 planteadas por el peticionario buscan dilucidar si el hacer uso de la prerrogativa estudiada en el presente acápite por parte de una persona jurídica en un proceso de contratación, implica o no el compromiso de que el socio que adquirió la experiencia acreditada por la sociedad mantenga dicha calidad durante la ejecución del contrato. Indaga el peticionario si la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 supone alguna limitación para la enajenación de la participación accionaria del socio que adquirió la experiencia acreditada por la sociedad, al menos durante la ejecución del contrato.

 Al respecto se aclara, de manera similar a lo manifestado respecto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que el mantenimiento de la calidad de socio de la persona que adquiere la experiencia durante la ejecución del contrato no es un requisito que exija el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015. Por tanto, de la aplicación de la referida prerrogativa no se desprende la obligación de que dicho socio mantenga dicha calidad durante la ejecución del contrato. Este requerimiento además resulta irrazonable debido a las múltiples causas fortuitas o de fuerza mayor que pueden determinar la pérdida de la calidad de socio, como, por ejemplo, la muerte del socio persona natural o la liquidación del socio persona jurídica.

 De acuerdo con lo anterior, la pérdida de la calidad de socio durante la ejecución de un contrato no debería tener, para la persona jurídica contratista, consecuencia distinta de la no poder seguir acreditando la experiencia del exsocio en futuros procesos de contratación. En ese sentido, la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 no limita la posibilidad de enajenar la participación accionaria del socio que transfiere la experiencia a la persona jurídica durante la ejecución del contrato. Lo anterior sin perjuicio de que no pueda seguirse acreditando tal experiencia por parte de la sociedad.

**3. Respuesta**

«1. ¿Durante la ejecución de un contrato que ha sido adjudicado a raíz de la aplicación de este factor de desempate, la mujer(es) cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar puede enajenar o ceder sus acciones o su participación dentro de esa sociedad?

2. ¿Qué pasaría si durante la ejecución de ese mismo contrato, la mujer cabeza de familia o víctima de la violencia intrafamiliar pierde su condición de accionista, socio o constituyente, ya sea por la venta o la cesión de su participación o por su muerte?».

Conforme con lo expuesto, el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 no establece el deber de mantener durante la ejecución del contrato los hechos que dan lugar a la aplicación del factor de desempate. Por tanto, al no estar ello regulado en la causal, no resulta exigible el compromiso de mantener la participación mayoritaria durante la ejecución del contrato. Esto además es razonable, en la medida en que es problemático limitar la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad durante el tiempo de ejecución de un contrato estatal, que, en ocasiones, suele dilatarse en el tiempo.

De acuerdo con lo anterior, la variación de la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar, por parte de una persona jurídica que se ha beneficiado del factor de desempate del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, *per se*, no genera ninguna consecuencia inmediata de cara a la ejecución del contrato. En ese sentido, el hecho de beneficiarse del mencionado factor de desempate no implica el compromiso de mantener la conformación accionaría acreditada durante el plazo de ejecución del contrato.

«3. ¿Durante la ejecución del contrato el socio, accionista o constituyente que aportó la experiencia a la sociedad tiene algún impedimento para negociar o ceder su participación?

4. ¿Qué sucede si durante la ejecución de un contrato, que ha sido adjudicado a la una sociedad con menos de tres años de constitución, el socio, accionista o constituyente pierde esa calidad?».

De acuerdo con la explicación precedente, el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 no exige como requisito o consecuencia de su aplicación que deba mantenerse la calidad de socio de la persona que adquirió la experiencia acreditada por la sociedad, durante el plazo de ejecución del contrato. Este requerimiento además resulta irrazonable debido a las múltiples causas fortuitas o de fuerza mayor que pueden determinar la pérdida de la calidad de socio, como, por ejemplo, la muerte del socio persona natural o la liquidación del socio persona jurídica.

Por lo demás, la aplicación de este beneficio tampoco implica la obligación de mantener la calidad de socio de quien adquirió la experiencia mientras se ejecuta el contrato, por lo que no existe limitación a la posibilidad de enajenar o negociar la participación que le corresponde. No obstante, una vez pérdida la calidad de socio de la persona que aporta la experiencia, la sociedad no podrá seguir acreditando su experiencia en futuros procesos de contratación.

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. 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. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-10)
10. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-11)
11. Así lo admitió el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto con radicado No. 20206000017881, del 22 de enero de 2020. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=115437 [↑](#footnote-ref-12)
12. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-13)
13. Es importante aclarar que este criterio no se aplica por igual a todos los factores de desempate. Por ejemplo, tratándose del criterio previsto en el artículo 35.3 de la Ley 2069 de 2020, es necesario tener en cuenta que el artículo 24, literal a), de la Ley 361 de 1997 dispone que los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad tendrán derecho «A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; *igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
14. «Artículo 2.2.1.1.1.5.2: Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

»2.1.   Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel». [↑](#footnote-ref-15)
15. «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

»2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasi­ficador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes». [↑](#footnote-ref-16)
16. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 7 de febrero de 2018, Rad. 2201813000000954. [↑](#footnote-ref-17)
17. En el marco del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020, a causa de la pandemia mundial desatada por el virus del Covid 19, se expidió el Decreto 434 de 2020 el cual dispone lo siguiente: «Artículo 2°. Renovación del Registro Único de Proponentes. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las entidades estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley. Las personas inscritas en el RUP deben presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020». [↑](#footnote-ref-18)
18. Ver artículos 225 y ss. del Código de Comer [↑](#footnote-ref-19)