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**

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección.

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población. Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

**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.

**COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES MUTUALES – Ley 2069 – Artículo 35 – Parágrafo primero – Priorización**

Como lo indicó esta Agencia en el Concepto C-102 del 25 de marzo de 2021, el mencionado parágrafo establece que «Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas». Este Decreto, en el artículo 2.2.1.13.2.1., determina que la clasificación del tamaño empresarial debe efectuarse exclusivamente a partir de «[…] los ingresos por actividades ordinarias anuales de la respectiva empresa», dependiendo del sector económico en el que se ubique la actividad desarrollada por aquella. Según esto, el artículo 2.2.1.13.2.2. del mismo Decreto establece los rangos para la clasificación del tamaño empresarial para la microempresa, la pequeña empresa y la mediana empresa, […].

[…]

Lo que se deduce entonces del parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que los factores de desempate regulados en dicho artículo deben aplicarse también a las cooperativas y asociaciones mutuales, bajo la condición de que cumplan los criterios de clasificación empresarial previstos en el Decreto 957 de 2019. Es decir que deben ser micro, pequeñas o medianas empresas. Así lo expresó también la Agencia en los conceptos C-165 y C-160, del 13 y 20 de abril de 2021, respectivamente.

**PARTICIPACIÓN MAYORITARIA – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 2 – Interpretación**

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».

[…]

Ahora bien, frente a la expresión «mayoritariamente», debe decirse que, si bien la norma en comento no definió lo que debe entenderse por «participación mayoritaria», se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en el numeral 2 del artículo 35 de la ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Lo anterior no obsta para que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.



Bogotá D.C., **13/10/2021 15:46:17**

Señor

**Abelardo Duarte**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 576 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 / COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES MUTUALES – Ley 2069 – Artículo 35 – Parágrafo primero – Priorización / PARTICIPACIÓN MAYORITARIA – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 2 – Interpretación.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210901007907  |

Estimado señor Duarte:

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 agosto del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted solicita que se aclare o complemente el concepto C-338 del 12 de julio de 2021 –expedido en respuesta a la petición con radicado P20210528004690 del 28 de mayo de 2021, presentada también por parte suya–, en el cual se abordó la aplicación de los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a las cooperativas y asociaciones mutuales. Teniendo en cuenta lo señalado en dicho concepto, en esta ocasión usted solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente aclare cómo se debe aplicar el factor de desempate establecido en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley en mención, respecto de asociaciones mutuales –que, por definición, no tienen composición accionaria y son entidades sin ánimo de lucro (ESAL)–, sintetizando así su pregunta: «[…] ¿cómo se acredita por parte de una ESAL [asociación mutual], la condición del numeral 2, del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ante las entidades estatales que realicen procesos de selección de contratistas?».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta reiterando, esencialmente, el contenido del concepto C-338 del 12 de julio de 2021 e incluyendo un análisis especial de la forma como debe acreditarse el factor de desempate por el que se indaga. En tal sentido, se analizarán los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) vigencia y forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la mencionada Ley, iv) alcance del parágrafo primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, relativo a la priorización de las cooperativas y asociaciones mutuales, que sean micro, pequeñas y medianas empresas, y v) aplicación del factor de desempate regulado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

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, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021 entre otros[[1]](#footnote-2). 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 idóneos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[2]](#footnote-3).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[3]](#footnote-4). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-5).

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

**2.2. 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 al contenido de la Ley 2069 de 2020, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[5]](#footnote-6), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[6]](#footnote-7). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[7]](#footnote-8), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[8]](#footnote-9) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[9]](#footnote-10).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida Ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.3. Vigencia y forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos apartes normativos de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

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

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

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

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

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

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

**2.4. Alcance del parágrafo primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020: priorización de las cooperativas y asociaciones mutuales, que sean micro, pequeñas y medianas empresas**

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 a otro aspecto de la consulta. En ella se formulan preguntas sobre la interpretación del parágrafo primero del referido artículo.

Como lo indicó esta Agencia en el Concepto C-102 del 25 de marzo de 2021, el mencionado parágrafo establece que «Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas». Este Decreto, en el artículo 2.2.1.13.2.1., determina que la clasificación del tamaño empresarial debe efectuarse exclusivamente a partir de «[…] los ingresos por actividades ordinarias anuales de la respectiva empresa», dependiendo del sector económico en el que se ubique la actividad desarrollada por aquella. Según esto, el artículo 2.2.1.13.2.2. del mismo Decreto establece los rangos para la clasificación del tamaño empresarial para la microempresa, la pequeña empresa y la mediana empresa, de la siguiente manera:

Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

1. Para el sector manufacturero:

Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT).

Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT).

Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1'736.565 UVT).

2. Para el sector servicios:

Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT).

Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT).

Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).

3. Para el sector de comercio:

Microempresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT).

Pequeña Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT).

Mediana Empresa. Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2'160 .692 UVT).

PARÁGRAFO 1. Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente.

PARÁGRAFO 2. Para aquella empresa cuya actividad principal no corresponda exclusivamente a uno de los anteriores sectores, los rangos a aplicar serán aquellos previstos para el sector manufacturero.

PARÁGRAFO 3. Cuando los ingresos de la empresa provengan de más de uno de los sectores contemplados en el presente Capítulo, se considerará la actividad del sector económico cuyos ingresos hayan sido más altos.

PARÁGRAFO 4. EL Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en conjunto con el Departamento Nacional de Estadística -DANE-, a la fecha de la entrada en vigencia del presente Capitulo establecerá, mediante acto administrativo, el anexo técnico de correspondencia de los tres sectores, manufactura, comercio y servicios con la Clasificación de las Actividades Económicas - CllU Revisión 4.

Lo que se deduce entonces del parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que los factores de desempate regulados en dicho artículo deben aplicarse también a las cooperativas y asociaciones mutuales, bajo la condición de que cumplan los criterios de clasificación empresarial previstos en el Decreto 957 de 2019. Es decir que deben ser micro, pequeñas o medianas empresas. Así lo expresó también la Agencia en los conceptos C-165 y C-160, del 13 y 20 de abril de 2021, respectivamente.

En los anteriores conceptos se indicó que la Ley 2069 de 2020 contiene varias normas en las que se hacen referencias expresas a las cooperativas y las asociaciones mutuales, algunas incluidas en el capítulo alusivo a sistemas de compras públicas y otras en el capítulo precedente sobre medidas para la racionalización y simplificación de procesos. Para determinar los efectos de tales disposiciones es necesario precisar los conceptos de estas modalidades asociativas.

Las asociaciones mutuales, según el artículo 2 del Decreto 1480 de 1989, «[…] son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social». Dicha norma, que define la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales, fue modificada por el artículo 21 de la Ley 2069 de 2020, el cual conservó gran parte de la anterior definición, pero adicionando a los servicios de seguridad social la prestación de servicios relacionados con «[…] seguridad alimentaria, producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados»[[10]](#footnote-11). Este tipo de asociaciones, en principio, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1480 de 1989 debían ser constituidas mediante documento privado suscrito por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales, sin embargo, dicho umbral también fue modificado por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020, el cual disminuyó el requerimiento a un mínimo a diez (10) personas[[11]](#footnote-12).

 Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 establece que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general». El artículo 14 de la Ley 79 de 1988[[12]](#footnote-13) establecía que las cooperativas deben ser constituidas en asamblea en la que se aprueben sus estatutos, se conformen los órganos de administración y se levante acta suscrita por un mínimo de veinte (20) fundadores. No obstante, de manera análoga a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020 respecto de las asociaciones mutuales, el artículo 22 de dicha norma modifica el mínimo de socios fundadores reduciéndolo a tres (3), disponiendo además algunas medidas dirigidas a regular la concentración de la participación en las cooperativas con menos de diez (10) socios[[13]](#footnote-14).

 Es necesario destacar que, al margen de lo regulado por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1480 de 1989, tanto las asociaciones mutuales como las cooperativas tienen la calidad de empresas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998[[14]](#footnote-15). El artículo 2 de la Ley 454 de 1998, define la economía solidaria como el «sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía».

 Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las asociaciones mutuales, cooperativas y las demás entidades de economía solidaria a empresas, disponiendo además que estas deberán ser clasificadas como mipymes de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial[[15]](#footnote-16). El principal efecto de esta norma es que, a las cooperativas y las asociaciones mutuales, al ser consideradas como mipymes, les son aplicables las disposiciones alusivas a estas contenidas en la Ley 2069 de 2020.

 Es necesario mencionar que la asimilación dispuesta por el artículo 23 *ejusdem,* no implica una alteración sustantiva de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y las cooperativas y las empresas de economía solidaria, concebidas por la ley como entidades sin ánimo de lucro, toda vez que tal asimilación es circunscrita a la aplicación de las materias reguladas por la Ley 2069 de 2020. En ese sentido, el mandato de considerar este tipo de entidades como empresas y clasificarlas como mipymes, es una acción tendiente a vincularlas como proveedoras del mercado de compras públicas dentro del ámbito de explotación económica que la ley les ha concedido a estas entidades del sector solidario, el cual ha sido ampliado por la Ley 2069 de 2020[[16]](#footnote-17).

 A pesar de que las cooperativas, las asociaciones mutuales y en general las empresas de economía solidaria tienen, por disposición de la ley, la naturaleza de ESAL, se distinguen de entidades sin ánimo de lucro como las fundaciones, corporaciones o asociaciones. Esto en la medida en que al estar enmarcadas dentro de la economía solidaria, el ordenamiento jurídico les permite cierto margen de explotación económica concebido para la satisfacción de necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

En ese sentido, tal como se deprende del inciso primero y del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 454 de 1998, las entidades de economía solidaria se caracterizan porque sus trabajadores y/o usuarios son simultáneamente sus aportantes y gestores, siendo además creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjuntamente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, para lo cual deben estar constituidas como empresas. En el marco de las actividades económicas tendientes a la producción y distribución de bienes o prestación de servicios por parte de entidades de económica solidaria, la ley admite que estas provean con esos bienes o presten tales servicios a entidades estatales.

En ese sentido, la entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, avala la posibilidad de que cooperativas, asociaciones mutuales y demás entes asociativos considerados de economía solidaria según el artículo 6 de la Ley 454 de 1998, que sean clasificados como mipymes, puedan participar en procesos de selección limitados a mipymes, conforme a lo regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Esto quiere decir que, en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, entidades como asociaciones mutuales y cooperativas, que en virtud de su tamaño empresarial sean consideradas como mipymes, podrán participar en las convocatorias limitadas a estas, pudiendo incluso manifestar su interés de participar en el proceso de selección de manera previa a la expedición de la resolución de apertura, a efectos de que se limite la participación.

No obstante, a pesar de la asimilación de las cooperativas, asociaciones mutuales y entidades de economía solidaria a mipymes, la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 –al haber sido modificado por este artículo 34 de la Ley 2069 de 2020– está supeditada a la expedición de una nueva reglamentación, conforme ha explicado esta Agencia en distintos conceptos[[17]](#footnote-18). En ese sentido, si bien a partir de la entrada en vigencia del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, es viable considerar a las entidades de economía solidaria como mipymes a efectos de limitar procesos de selección a la participación de estas, esto último no es posible al estar pendiente la reglamentación del artículo 34 *Ibídem*, y presentarse el decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015.

 De otro lado, las asociaciones mutuales y cooperativas están referidas en los supuestos de hecho de los factores de desempate de los numerales 8, 9 y 10. El numeral 8 dispone preferir la oferta presentada por una mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales, e incluso de las presentadas por un proponente plural conformado por este tipo de entidades. Por su parte, el numeral 9 dispone el deber de preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, distinguiéndose del numeral 8 por su referencia exclusiva a proponentes plurales, así como por la exclusión de empresas categorizadas como medianas de acuerdo con el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015.

 El factor de desempate establecido en el numeral 9 del artículo 35 *Ibídem* contiene dos supuestos de hecho alternativos cuya acreditación insta a preferir la oferta presentada por el respectivo proponente. El primero de ellos requiere que el proponente acredite de acuerdo con sus estados financieros, que por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de los pagos realizados por concepto de proveeduría del proponente, se hayan realizado a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. El segundo supuesto de hecho indica que debe preferirse la oferta presentada por un proponente plural que reúna las siguientes condiciones: a) estar conformado por al menos una mipyme, cooperativa o asociación mutual con al menos un veinticinco por ciento de participación; b) la mipyme, cooperativa o asociación mutual aporte como mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia (25%); y c) que ni la mipyme, cooperativa o asociación mutual ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

 Nótese que los numerales 8, 9 y 10 del artículo 35 hacen referencia expresa a mipymes, cooperativas y asociaciones mutuales, lo que, en principio, supone que la aplicación de tales factores de desempate requiere acreditar que la oferta presentada por el proponente singular o plural involucra entidades con dichas calidades. Esto quiere decir que, para que se apliquen los numerales 8 y 9, los proponentes deben demostrar que son cooperativas o asociaciones mutuales, independientemente de cuál sea su clasificación empresarial.

 En ese sentido, la acreditación de las condiciones de cooperativa o asociación mutual debe darse conforme a las normas que regulan el registro de tales modalidades asociativas. Sobre el particular, los artículos 143 y 144 del Decreto 2150 de 1995, en tanto entidades sin ánimo de lucro, le hace extensivas a las cooperativas y asociaciones mutuales las normas relativas al registro, prueba de la existencia y representación legal de estas[[18]](#footnote-19). El artículo 24 del Decreto 2150 de 1995, establece que la prueba de la existencia y representación debe realizarse mediante certificación expedida por la cámara de comercio competente.[[19]](#footnote-20) Esta disposición es concordante con el artículo 63 de la Ley 454 de 1998, en el que se atribuye a las cámaras de comercio de los respectivos ámbitos territoriales, la competencia de realizar el registro de los actos de las empresas de economía solidaria en sus distintas modalidades[[20]](#footnote-21).

 De acuerdo con lo anterior, la acreditación de los factores de desempate de los numerales 8 y 9 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en criterio de esta Agencia, requiere que se demuestre la calidad de cooperativa o asociación mutual mediante certificado de existencia y representación expedido por la respectiva cámara de comercio. Sin embargo, no hay que perder de vista lo dispuesto por el parágrafo primero del artículo 35, el cual limita a la aplicación de factores de desempate a las cooperativas y asociaciones mutuales «[…] que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas». Esto sugiere que, para cumplir con los supuestos de hecho de estos factores de desempate, además de la existencia de la respectiva cooperativa o asociación mutual, deba además acreditarse su tamaño empresarial de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015.

A modo de conclusión del presente numeral, se destaca que las cooperativas y asociaciones mutuales son sujetos regulados por la Ley 2069 de 2020, cuyos artículos 20, 21 y 22 regulan aspectos relativos a su naturaleza jurídica y constitución. Asimismo, el artículo 23 dispone su asimilación a empresas y su clasificación como mipymes a efectos de la aplicación de la Ley 2069 de 2020, disposición que tiene el efecto práctico de permitir a tales entidades que –una vez reglamentado el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento– participen en procesos de selección limitados a mipymes. Dichos tipos de entidades solidarias, a su vez son considerados por el artículo 35, en el que se desarrollan varios factores de desempate que instan a preferir ofertas presentadas por asociaciones mutuales y cooperativas o proponentes plurales conformados por estas.

**2.5. Aplicación del factor de desempate regulado en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020**

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 establece:

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 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»[[21]](#footnote-22). 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»[[22]](#footnote-23).

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[[23]](#footnote-24).

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 poderse beneficiar 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 dice que «participar» es «Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos»[[24]](#footnote-25). Esta noción es acorde con el derecho societario, bajo el entendimiento que la participación recae en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Ahora bien, frente a la expresión «mayoritariamente», en concordancia con lo manifestado por esta Subdirección en los conceptos C-272 y C-302 del 9 y el 24 de junio de 2021, respectivamente, debe decirse que, si bien la norma en comento no definió lo que debe entenderse por «participación mayoritaria», se puede afirmar –acorde con el derecho societario– que por esta se entiende, verbigracia –pero no exclusivamente–, en las sociedades por acciones, la posición de un socio cuando tiene más del cincuenta por ciento (50%) de participación en la sociedad. Conforme a lo anterior, la expresión «mayoritariamente», contenida en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar cuenten –singular o conjuntamente– con una participación superior al (50%) en la sociedad, para que esta pueda ser considerada como mayoritaria. Lo anterior no obsta para que, como se mencionó anteriormente, el gobierno nacional, por vía reglamentaria, le otorgue un alcance diferente al enunciado normativo analizado.

Sin perjuicio de lo anterior, también es preciso mencionar que la Agencia, en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, estandarizó la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo, mediante la Resolución No. 161 de 2021. En ese sentido, en relación con el criterio de desempate contenido en el numeral 2 del artículo 35 de la ley 2069 de 2020 la Resolución contempla, en el artículo 1, que la «Participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar» debe entenderse que el numero de asociados que cumplen con dicha condición es superior al 50%, en tanto que la base fundamental para la existencia de una asociación son las personas que lo conforman.

Conforme a lo anterior, el carácter *mayoritario* de la *participación* de la mujer cabeza de familia y de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar no se predica exclusivamente de las sociedades por acciones, pues el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, se refiere, de manera genérica, a la participación mayoritaria, en una *persona jurídica*, concepto que define el artículo 633 del Código Civil de la siguiente manera: «Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente». Esta norma señala, a su vez, que «Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública». Por lo tanto, al ser las entidades de economía solidaria *personas jurídicas*–en su calidad de ESAL–, también de ellas es predicable la característica de la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia y víctimas de la violencia intrafamiliar.

Ahora bien, en este tipo de entidades, la participación mayoritaria no necesariamente se mide en acciones, sino en el número de asociados, en tanto que por antonomasia su finalidad es la de satisfacer las necesidades de estos, lo cual se predica de su objeto se encuentre dirigido a la ayuda mutua para la satisfacción de sus necesidades. De ahí incluso que el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 545 de 1998 establece como una de las características de las organizaciones de economía solidaria la de «Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes», regla que se replica en el numeral 5 artículo 5 de la Ley 2143 de 2021.

En ese sentido, aplicando el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, para que la asociación mutual y, en general, una ESAL, se vea beneficiada por dicho factor de desempate, como lo ha expresado esta Agencia en los múltiples conceptos a los que se hizo referencia con anterioridad, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados tienen la condición de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esto sin perjuicio de la forma como el gobierno nacional reglamente la materia, en virtud de lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

**3. Respuesta**

«[…] ¿cómo se acredita por parte de una ESAL[asociación mutual], la condición del numeral 2, del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ante las entidades estatales que realicen procesos de selección de contratistas?».

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no distingue personas jurídicas, así que también se aplica a las entidades sin ánimo de lucro –ESAL–, entre ellas las asociaciones mutuales. Además, así lo reitera el parágrafo 1 del mismo artículo, al establecer que «Los factores de desempate serán aplicables en el caso de las cooperativas y asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial, definidos por el Decreto 957 de 2019, priorizando aquellas que sean micro, pequeñas o medianas».

Ahora bien, en las ESAL –y dentro de ellas, en las cooperativas o asociaciones mutuales– la participación mayoritaria no necesariamente se mide en acciones, sino en el número de asociados, en tanto que por antonomasia su finalidad es la de satisfacer las necesidades de estos, lo cual se predica de su objeto, el cual se encuentre dirigido a la ayuda mutua para la satisfacción de sus necesidades. De ahí incluso que el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 545 de 1998 establece como una de las características de las organizaciones de economía solidaria la de «Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes», regla que se replica en el numeral 5 artículo 5 de la Ley 2143 de 2021.

En ese sentido, aplicando el artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020, para que la asociación mutual y, en general, una ESAL, se vea beneficiada por dicho factor de desempate, como lo ha expresado esta Agencia en los múltiples conceptos a los que se hizo referencia con anterioridad, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados tienen la condición de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esto sin perjuicio de la forma como el gobierno nacional reglamente la materia, en virtud de lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

1. La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el 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 y C-102 del 25 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-10)
10. «Artículo 21. Naturaleza de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 2° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: “Artículo 2° Naturaleza. Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social, seguridad alimentaria y producción, transformación y comercialización de la Economía Campesina Familiar y Comunitaria -ECFC y en general, las actividades que permitan satisfacer las necesidades de diversa índole de sus asociados.

»Parágrafo primero. El Gobierno Nacional expedirá un Decreto de regulación prudencial sobre la captación del ahorro que desarrollan las asociaciones mutuales”».

 [↑](#footnote-ref-11)
11. «Artículo 20. Constitución de las asociaciones mutuales. Modifíquese el artículo 7° del Decreto 1480 de 1989, el cual quedará así: "Artículo 7° Constitución. Las Asociaciones Mutuales se constituirán con un mínimo de diez (10) personas naturales, por documento privado que se hará constar en acta firmada por todos los asociados fundadores, con anotación de sus nombres, documentos de identificación y domicilios. En el mismo acto será aprobado el estatuto social y elegidos los órganos de administración y control”». [↑](#footnote-ref-12)
12. «Artículo 14. La constitución de toda cooperativa se hará en asamblea de constitución, en la cual serán aprobados los estatutos y nombrados en prioridad los órganos de administración y vigilancia.

   »El Consejo de Administración allí designado nombrará el representante legal de la entidad, quien será responsable de tramitar el reconocimiento de la personería jurídica.

   »El acta de la asamblea de constitución será firmado por los asociados fundadores, anotando su documento de identificación legal y el valor de los aportes iniciales.

   »El número mínimo de fundadores será de veinte, salvo las excepciones consagradas en normas especiales». [↑](#footnote-ref-13)
13. «Artículo 22. Constitución de cooperativas. Modifíquese el inciso 40 del artículo 14 de la ley 79 de 1988, el cual quedará así:

»”El número mínimo de fundadores será de tres, salvo las excepciones consagradas en normas especiales.

»Para su inscripción en el registro público solo se requerirá la solicitud firmada por el representante legal, acompañada del acta de constitución y copia de los estatutos.

»En las cooperativas que tengan 10 o menos asociados, ninguna persona natural podrá tener más del 33% de los aportes sociales y ninguna persona jurídica más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los mismos.

»En aquellas cooperativas cuyo número de asociados sea inferior a 10, en el estatuto o reglamentos se deberán adecuar los órganos de administración y vigilancia a las características de la cooperativa y al tamaño del grupo asociado. A falta de estipulación estatutaria sobre la creación de un consejo de administración, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

»Parágrafo primero. Cuando la Cooperativa supere los 10 asociados, deberá en un término máximo improrrogable de 6 meses, ajustar el monto mínimo de aportes que debe tener cada asociado y nombrar los órganos de administración y vigilancia, conforme a las reglas de la Ley 79 de 1988». [↑](#footnote-ref-14)
14. «Artículo 6o. Características de las organizaciones de economía solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

»1. Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

»2. Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente ley.

»3. Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.

»4. Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.

»5. Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.

»6. Integrarse social y económicamente, sin perjuicio de sus vínculos con otras entidades sin ánimo de lucro que tengan por fin promover el desarrollo integral del ser humano.

»Parágrafo 1o. En todo caso, las organizaciones de la economía solidaria deberán cumplir con los siguientes principios económicos:

»1. Establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.

»2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

»Parágrafo 2o. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo». [↑](#footnote-ref-15)
15. «Artículo 23. De conformidad con lo establecido por los artículos 4° de la Ley 79 de 1988 y 6° de la Ley 454 de 1988, las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria son empresas. En tal virtud, para los efectos de la presente ley, las entidades de economía solidaria serán clasificadas como Mipymes en los términos establecidos por el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen, deroguen o adicionen, sin perjuicio de la normatividad específica aplicable a sus diferentes figuras jurídicas, ni del marco de competencias institucionales de Gobierno para su fomento, fortalecimiento, inspección, control y vigilancia». [↑](#footnote-ref-16)
16. [↑](#footnote-ref-17)
17. Respecto de la vigencia del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, en el concepto C-043 del 9 de febrero de 2021 , esta Agencia manifestó lo siguiente: «el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad». Estas consideraciones han sido reiteradas en los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-044 del 3 de marzo de 2021, C-125 del 5 de abril de 2021, C-127 del 6 de abril de 2021, C-130 del 7 de abril de 2021, C-144 del 7 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-234 del 26 de mayo de 2021, entre otros, los cuales pueden ser consultados en : <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-18)
18. «Artículo 143 . Constitución de entidades de naturaleza cooperativa, fondos de empleados y asociaciones mutuas. Las entidades de naturaleza cooperativa, los fondos de empleados y las asociaciones mutuales, así como sus organismos de integración y las instituciones auxiliares del cooperativismo, son entidades sin ánimo de lucro y se constituirán por escritura pública o documento privado, el cual deberá ser suscrito por todos los asociados fundadores y contener constancia acerca de la aprobación de los estatutos de la empresa asociativa.

 »Parágrafo. Las entidades de que trata el presente artículo formarán una persona distinta de sus miembros individualmente considerados, cuando se realice su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la empresa asociativa, el fondo de empleados o la asociación mutua».

»Artículo 144 . Registro en las cámaras de comercio. La inscripción en el registro de las entidades previstas en el artículo anterior, se someterá al mismo régimen previsto para las demás entidades privadas sin ánimo de lucro, contenido en el Capítulo II del Título I de este Decreto». [↑](#footnote-ref-19)
19. «Artículo 43 . Prueba de la existencia y representación legal. La existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere este capítulo, se probará con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos, tarifas y condiciones que regulan sus servicios». [↑](#footnote-ref-20)
20. «Artículo 63. Registro e inscripción. Los actos de registro e inscripción de las entidades de la economía solidaria a que se refiere la presente ley, se realizarán ante la cámara de comercio de su domicilio principal, de conformidad con las normas del registro mercantil. Para el registro del acto de constitución, será condición previa la presentación del certificado de acreditación sobre educación solidaria, expedido por la Unidad Administrativa Especial para las Entidades Solidarias.

»Las entidades del sector de la economía solidaria que manejen, aprovechen o inviertan recursos de asociados o de terceros o que desarrollen cualquier actividad que requiera autorización o reconocimiento especial, deberán obtenerlos y presentarlos previamente, para que proceda el respectivo registro o inscripción. Dicha autorización o reconocimiento serán emitidos por la entidad encargada de su supervisión o por la entidad que corresponda, de conformidad con el procedimiento establecido en la normatividad vigente para cada caso. En todo caso, serán objeto de registro y en esa medida surtirán efecto, los actos que aprueben fusiones, escisiones, transformaciones, incorporaciones y conversiones.

»Las cámaras de comercio se abstendrán de inscribir a una entidad del sector de la economía solidaria, con el mismo nombre de otra entidad mercantil o sin ánimo de lucro ya inscrita, mientras este registro no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud del representante legal respectivo. Igualmente, las Cámaras de Comercio establecerán mecanismos que permitan el intercambio eficaz de información con la Superintendencia o entidad que ejerza control."

»Parágrafo. Las cámaras de comercio llevarán el registro de las entidades de economía solidaria establecido en el artículo 6 de la Ley 454 de 1998 en los mismos términos y con las mismas tarifas previstos para el registro mercantil». [↑](#footnote-ref-21)
21. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-22)
22. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-23)
23. 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-24)
24. Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/participar [↑](#footnote-ref-25)