**CCE-DES-FM-17**

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

[…] los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende 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.

**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 debe aplicarse acudiendo a 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 esta Ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**PERSONAS MAYORES – Ley 2040 de 2020 – Artículo 3 – Subrogación – Vigencia**

El parágrafo cuarto, que se había adicionado al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 en virtud de la Ley 2040 de 2020, se vio afectado por el efecto de la *subrogación* producida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque en este artículo no se dice que se mantiene vigente el parágrafo citado. En otras palabras, si el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 había adicionado un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y posteriormente el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó integralmente el referido artículo 12, sustituyéndolo por un texto nuevo, se concluye que el parágrafo 4 quedó derogado. Por lo tanto, no puede aplicarse en la actualidad y mucho menos puede entenderse como obligatorio en los procesos de selección, ya que no está vigente.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Vinculación**

[…] el requisito de vinculación laboral de personas con un año mínimo de antigüedad al que alude el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es una condición intrínseca del numeral 4 sin la cual el proponente no podrá ser favorecido de esta regla de desempate. Por ello, el proponente además de acreditar la vinculación de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley, deberá acreditar que dicha vinculación es, como mínimo, de un año antigüedad. La única excepción a este término está relacionada con el proponente que se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso, como se expuso, deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución.

Sin embargo, esta salvedad no puede extenderse a otros eventos o situaciones particulares diferentes a la descrita en la norma en favor de un proponente. En efecto, como se explicó, los factores de desempate son de obligatoria observancia y su aplicación es estricta de manera que no pueden aplicarse incluyendo eventos o excepciones que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico. De este modo, aceptar criterios diferentes a los señalados en la norma bajo interpretaciones subjetivas no solo permitiría que la entidad discrecionalmente determine múltiples formas de aplicación de los factores de desempate para cada caso concreto, sino que también contraviene los principios de selección objetiva y de igualdad.

**FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia**

de acuerdo con el Decreto 1860 de 2021 las disposiciones contenidas en dicho reglamento aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. En tal sentido, tratándose de la acreditación de los factores de desempate dichas modificaciones tendrán efectos en los procesos cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 24 de marzo de 2022, sin perjuicio de que la entidad lo aplique de forma potestativa, incluyendo dichos contenidos en el pliego de condiciones o documento equivalente, para procesos publicados el 23 de marzo de 2022 o en una fecha anterior.

Bogotá D.C., **01/02/2022 17:25:11**

****

Señor

**Guido Eduardo González Valencia**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 741 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | 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 / PERSONAS MAYORES – Ley 2040 de 2020 – Artículo 3 – Subrogación – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Numeral 4 – Vinculación/ FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211221011658 |

Estimado señor González:

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 21 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con el alcance del artículo 3, parágrafo 4, de la Ley 2040 de 2020:

«En relación a la vinculación de los adultos mayores que cumplan con los requisitos indicados en el artículo 3° de la Ley 2040 de 2020 y dado el caso el empleador sea parte de un proceso de desempate dentro de un proceso de contratación pública, en el cual un adulto mayor empleado, falleciera, se le consulta a **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE,** si dentro del proceso de desempate, existe posibilidad de sustituir al empleado fallecido con un adulto mayor que no tenga el mismo periodo de antigüedad y así suplir dicha falencia en razón a un hecho fortuito como antes se mencionó, el fallecimiento. Lo anterior, debido a que la norma para los procesos de desempate, no contempla pautas frente a este tipo de acontecimientos».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) pérdida de vigencia del parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 y iv) vigencia de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y alcance del factor de desempate previsto en el numeral 4 regulado por el Decreto 1860 de 2021.

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, C-338 del 12 de julio de 2021 y C-584 del 13 de diciembre de 2021, entre otros[[1]](#footnote-2), concluyendo que gozan de eficacia directa. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa con algunas consideraciones relativas a la consulta realizada. Finalmente, en el desarrollo del concepto se hará referencia al Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

**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 debe aplicarse acudiendo a 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, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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.

**2.3. Pérdida de vigencia del parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020**

Conviene señalar que el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[10]](#footnote-11), regulación que se resume en los siguientes aspectos:

i) Encomienda al gobierno nacional, con carácter imperativo, el deber de definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Además, agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar –y así lo deberá reglamentar el gobierno nacional– siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin perjuicio de los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento que expida el gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga[[11]](#footnote-12).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de las normas jurídicas, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

Así las cosas, aunque el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 había sido modificado parcialmente por el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, que le había adicionado un parágrafo, también dicho parágrafo ha perdido su vigencia. En efecto, el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 dispuso:

Adiciónese un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 4°. Criterio de desempate. En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

Para los efectos de este parágrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

Dado el caso en que el contrato público haya sido obtenido con ocasión a esta forma de desempate, el empleador deberá mantener el mismo porcentaje de adultos mayores trabajadores al interior de la empresa durante la vigencia de ejecución del contrato. En caso contrario no podrá hacer uso de este beneficio en cualquier otro contrato que celebre con el Estado dentro de los 5 años siguientes a la terminación del contrato.

Para estos efectos, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará, bajo la gravedad de juramento, el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes que cumplan con lo aquí señalado a la fecha de cierre del proceso de selección.

El anterior texto, que según se indicó, había quedado agregado al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, como parágrafo 4, también se ve afectado por el efecto de la subrogación producida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque en este artículo no se dice que se mantiene vigente el parágrafo citado. En otras palabras, si el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 había adicionado un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y posteriormente el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó integralmente el referido artículo 12, sustituyéndolo por un texto nuevo, se concluye que el parágrafo 4 quedó derogado. Por lo tanto, no puede aplicarse en la actualidad y mucho menos puede entenderse como obligatorio en los procesos de selección, ya que no está vigente.

A este respecto la Corte Constitucional al analizar la vigencia y producción de efectos jurídicos del artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, señaló lo siguiente:

Lo que ocurrió es que la Ley 2069 de 2020, al modificar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por el parágrafo 4° del artículo 3° de la Ley 2040 de 2020, introdujo en el artículo 35, criterios de desempate que deben aplicarse de manera sucesiva y excluyente en procesos de contratación que la misma disposición estipula, dentro de los cuales se encuentra la preferencia del oferente que cuente en su planta de personal con el mayor porcentaje de adultos mayores sin acceso a la pensión, y lo ubicó en el nivel 4° de prelación.

Así pues, lo que se observa en el caso puesto a consideración de la Sala es que ha operado la subrogación parcial respecto a la norma acusada. Como lo advierte el Ministerio Público, el criterio de desempate que antes estaba contenido en el parágrafo 4° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que ahora fue modificado y ya no lo incluye, se encuentra en el artículo 35 de la nueva regulación. Pero aún así, es importante enfatizar que su contenido fue reproducido de manera parcial[[12]](#footnote-13).

De esta manera, una razón adicional para concluir que el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dejó sin vigencia el parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 –y por lo tanto, el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020–, es que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 contiene una regulación nueva de los factores de desempate en la contratación estatal. Concretamente, el numeral 4 del artículo 35 dispone que en los procesos de selección las entidades estatales deben «Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». Esta norma, se encuentra vigente, teniendo en cuenta que el legislador no condicionó su vigencia a la expedición de un decreto reglamentario por parte del gobierno nacional, aunque nada se opone a que en ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta para reglamentar las leyes –en virtud del artículo 189, numeral 11, de la Constitución–, establezca condiciones para aplicar dicho numeral, como aconteció con el Decreto 1860 de 2021.

En conclusión, las entidades estatales, independientemente del régimen contractual que las rige, deben aplicar el factor de desempate basado en la vinculación de personas mayores. Sin embargo, el fundamento y alcance de este factor de desempate ya no es el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 –pues no está vigente–, sino el artículo 35, numeral 4, de la Ley 2069 de 2020, aclarando que este artículo fue reglamentado mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, pero cuyas disposiciones, de acuerdo con su artículo 8, solo «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición», esto es, a partir del 24 de marzo de 2022, aspecto que se analizará en el desarrollo del concepto.

**2.4. Vigencia de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y alcance del factor de desempate previsto en el numeral 4 regulado por el Decreto 1860 de 2021**

Con la finalidad de explicar el régimen jurídico vigente aplicable a los factores de desempate, en este numeral se hará referencia a la forma de acreditación de los criterios de desempate, antes de la reciente expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Este esquema de análisis resulta procedente, toda vez, que de acuerdo con el Decreto 1860 de 2021 las disposiciones contenidas en dicho reglamento aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. En tal sentido, tratándose de la acreditación de los factores de desempate dichas modificaciones tendrán efectos en los procesos cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 24 de marzo de 2022, sin perjuicio de que la entidad lo aplique de forma potestativa, incluyendo dichos contenidos en el pliego de condiciones o documento equivalente, para procesos publicados el 23 de marzo de 2022 o en una fecha anterior. Hecha la anterior precisión, a continuación se explicará cuál es el régimen vigente en la actualidad, reiterando la interpretación realizada por la Agencia en conceptos anteriores.

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. 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 requería 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, se concluye que los factores de desempate del artículo 35 son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección iniciados después del 31 de diciembre de 2020.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[13]](#footnote-14). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga[[14]](#footnote-15).

De esta manera, actualmente la norma vigente que determina los factores de desempate aplicables a los procesos de contratación es el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. No obstante, es necesario indicar que mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 se reglamentó la forma de acreditar las circunstancias a las que se refiere cada uno de los numerales del citado artículo, permitiendo la debida aplicación de los factores de desempate previstos para garantizar la selección objetiva de los contratistas. Por ello, mediante el artículo 3 se adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, el cual solo resulta aplicable para los procesos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente que se publiquen a partir del 24 de marzo de 2022.

Precisado lo anterior resulta pertinente analizar la forma en la cual se aplica el factor de desempate referente a la vinculación de personas mayores de acuerdo con Ley 2069 de 2020. Así, en relación con el numeral 4 del artículo 35 de dicha Ley, esta Agencia, en los conceptos a los que se hizo referencia al inicio, ha indicado que dicho numeral no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere. Por lo tanto, al igual que sucede con los demás numerales, 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. El Decreto 1860 de 2021 establece los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, como se explicó, estas disposiciones del Decreto 1860 de 2021 son obligatorias a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que antes de esta fecha la entidad podrá emplear los criterios señalados o en su defecto aplicar de manera potestativa lo establecido en dicho decreto, adoptando la regulación correspondiente en el pliego de condiciones o documento equivalente.

En relación con lo previsto en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, cuando el legislador alude al concepto de «personas mayores» que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido la edad para obtenerla, una posible interpretación es entender que la norma se refiere al «adulto mayor». Este concepto lo define el artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 –«Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores»– como «[…] aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más», lo cual se puede acreditar con el documento de identidad correspondiente. En todo caso, también existe la posibilidad de entender que esta causal aplica a todas las personas que –en el rango de edad correspondiente a cada género– no han alcanzado la pensión, interpretación que está más ajustada al principio de favorabilidad.

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

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferente, dicho criterio de desempate se debe aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debe acreditar la proporción de personas mayores vinculadas a aquel y que además «no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley», para beneficiarse del factor de desempate. La norma guarda silencio sobre la acreditación de la condición que da lugar al factor de desempate. Por tanto, esta Agencia considera que, mientras el Decreto 1860 de 2021 no entre en vigencia, existe libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad contratante puede determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál será el medio para evidenciar la vinculación de las personas mayores por parte del oferente.

Como lo indicó la Agencia en los conceptos C-206 del 3 de mayo de 2021 y C-487 del 3 de agosto de 2021, el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 exige que la vinculación de personas mayores sea de carácter laboral –es decir, a través de un contrato de trabajo–, por lo cual Colombia Compra Eficiente considera que no resultaría procedente, para efectos de acreditar el factor de desempate, la vinculación de dichas personas a través de otros tipos contractuales, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, la norma se refiere a la vinculación de trabajadores, lo cual excluye la posibilidad de acreditar el factor de desempate con prestadores de servicios.

Por otra parte, el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 no efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral. Solo exige que el capital humano esté vinculado laboralmente al oferente con una antigüedad igual o mayor a un año, salvo que la constitución del oferente sea inferior a un año, pues en este caso los trabajadores deben estar vinculados desde dicha constitución.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 establezca que esta rige a partir de su promulgación –o sea, desde el 31 de diciembre de 2020–, no se opone a que el Congreso de la República haya previsto dentro de la misma Ley condiciones temporales para la eficacia de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el parágrafo segundo del artículo 35 señala: «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad *igual o mayor a un año*. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados *desde el momento de constitución de la misma*» (énfasis fuera de texto).

Es decir, si bien es cierto que los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 deben aplicarse en los procedimientos de selección iniciados a partir de la promulgación de esta, también lo es que –al tenor del parágrafo segundo del mismo artículo–, cuando en dichos factores se exija la vinculación laboral de personas, el oferente debe acreditar que lo están, como mínimo, con un año de antigüedad, salvo que el proponente se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución. O sea que el período contenido en el parágrafo segundo, en sentido estricto, no se comienza a computar desde la promulgación de la Ley 2069 de 2020, sino que para el momento en el que la entidad estatal evalúe la viabilidad de aplicar los factores de desempate vigentes del artículo 35 de dicha Ley –que exijan la vinculación de capital humano–, debe analizar si se cumple con dicho término de vinculación.

Como se evidencia, el requisito de vinculación laboral de personas con un año mínimo de antigüedad al que alude el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es una condición intrínseca del numeral 4 sin la cual el proponente no podrá ser favorecido de esta regla de desempate. Por ello, el proponente además de acreditar la vinculación de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley, deberá acreditar que dicha vinculación es, como mínimo, de un año antigüedad. La única excepción a este término está relacionada con el proponente que se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso, como se expuso, deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución.

Sin embargo, esta salvedad no puede extenderse a otros eventos o situaciones particulares diferentes a la descrita en la norma en favor de un proponente. En efecto, como se explicó, los factores de desempate son de obligatoria observancia y su aplicación es estricta de manera que no pueden aplicarse incluyendo eventos o excepciones que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico. De este modo, aceptar criterios diferentes a los señalados en la norma bajo interpretaciones subjetivas no solo permitiría que la entidad discrecionalmente determine múltiples formas de aplicación de los factores de desempate para cada caso concreto, sino que también contraviene los principios de selección objetiva y de igualdad.

En consecuencia, para efectos del numeral 4 citado no se considera viable la sustitución de un trabajador adulto mayor con otro de igual condición que no cumpla con el periodo de antigüedad exigido bajo el supuesto que el primero falleció, pues la norma no contempló tal excepción. Aunado a lo anterior, es preciso indicar que todos los requisitos exigidos en esta norma deberán cumplirse de forma individual por cada trabajador vinculado, es decir, que el proponente deberá acreditar por persona que: i) no sea beneficiaria de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, ii) que haya cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley, y iii) que cuente una vinculación igual o mayor a un año. Estas condiciones no son transferibles en la medida en que son inherentes a la persona misma.

En este contexto, el tiempo de vinculación de un trabajador no puede ser utilizado para otro trabajador que no cumpla con la antigüedad requerida. Ello por cuanto un elemento esencial del contrato de trabajo es la actividad personal del trabajador, es decir, que sea realizado por sí mismo[[15]](#footnote-16). Esto significa que las condiciones en las cuales se realiza el contrato de trabajo son inherentes a la actividad personal del trabajador, lo que por supuesto incluye el tiempo de duración del contrato de trabajo. Por tanto, tampoco podría considerarse el tiempo de vinculación de un trabajador para otro trabajador con el fin de determinar el cumplimiento del periodo de antigüedad exigido en el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Así las cosas, todos los requisitos señalados en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y en el parágrafo segundo del mismo artículo son indispensables para la aplicación de este factor de desempate. De este modo, como la única excepción al plazo de vinculación exigido está determinada para los casos en que la constitución del oferente sea inferior a un año, no podrá ser favorecido con esta regla de desempate el proponente que acredite la vinculación del adulto mayor en condiciones diferentes a las establecidas en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en concordancia con lo dispuesto en su parágrafo 2.

Lo expuesto se ratifica en el artículo 3 del Decreto reglamentario 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, cuyo numeral 4 se refiere a la vinculación de las personas mayores:

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la ley, para ello, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, entregará un certificado, en el que se acredite, bajo la gravedad de juramento, las personas vinculadas en su nómina y el número de trabajadores que no son beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que cumplieron el requisito de edad de pensión. *Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que se encuentren en las condiciones descritas y que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso. Para los casos de constitución inferior a un (1) año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de la constitución de la persona jurídica.*

El tiempo de vinculación en la planta referida, de que trata el inciso anterior, se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de constitución de la persona jurídica, cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal acreditará el número de trabajadores vinculados que son personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobre vivencia, y que cumplieron el requisito de edad de pensión establecido en la ley, de todos los integrantes del proponente. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, para el otorgamiento del criterio de desempate, cada uno de los trabajadores que cumpla las condiciones previstas por la ley, allegará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que no es beneficiario de pensión de vejez, familiar o sobre vivencia, y cumple la edad de pensión; además, se deberá allegar el documento de identificación del trabajador que lo firma.

La mayor proporción se definirá en relación con el número total de trabajadores vinculados en la planta de personal, por lo que se preferirá al oferente que acredite un porcentaje mayor. En el caso de proponentes plurales, la mayor proporción se definirá con la sumatoria de trabajadores vinculados en la planta de personal de cada uno de sus integrantes. [énfasis por fuera de texto]

Como se observa, la norma expresamente señala que «solo tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que se encuentren en las condiciones descritas», esto es, que el proponente acredite la vinculación en su nómina de personas que no son beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, con un periodo de vinculación igual o mayor a 1 año y que cumplieron el requisito de edad de pensión. Además, como excepción al término indicado, la norma reitera lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Lo anterior, excluye cualquier otra condición diferente a las contempladas, como lo es la sustitución de la persona mayor fallecida por otra que no cuente con el mismo periodo de antigüedad.

**3. Respuesta**

«En relación a la vinculación de los adultos mayores que cumplan con los requisitos indicados en el artículo 3° de la Ley 2040 de 2020 y dado el caso el empleador sea parte de un proceso de desempate dentro de un proceso de contratación pública, en el cual un adulto mayor empleado, falleciera, se le consulta a **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE,** si dentro del proceso de desempate, existe posibilidad de sustituir al empleado fallecido con un adulto mayor que no tenga el mismo periodo de antigüedad y así suplir dicha falencia en razón a un hecho fortuito como antes se mencionó, el fallecimiento. Lo anterior, debido a que la norma para los procesos de desempate, no contempla pautas frente a este tipo de acontecimientos».

El parágrafo cuarto, que se había adicionado al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 en virtud de la Ley 2040 de 2020, se vio afectado por el efecto de la *subrogación* producida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque en este artículo no se dice que se mantiene vigente el parágrafo citado. En otras palabras, si el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 había adicionado un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y posteriormente el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó integralmente el referido artículo 12, sustituyéndolo por un texto nuevo, se concluye que el parágrafo 4 quedó derogado. Por lo tanto, no puede aplicarse en la actualidad y mucho menos puede entenderse como obligatorio en los procesos de selección, ya que no está vigente.

Actualmente la norma vigente que regula los factores de desempate en la contratación estatal es el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, cuyo numeral 4 se refiere a la vinculación en mayor proporción de personas mayores, que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley. Para estos efectos, la palabra «vinculación» debe entenderse en concordancia con el parágrafo 2 de la norma en comento, el cual dispone que «Para los criterios enunciados que involucren la vinculación de capital humano, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se* tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma».

Así las cosas, el requisito de vinculación laboral de personas con un año mínimo de antigüedad, al que alude el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es una condición intrínseca del numeral 4 sin la cual el proponente no podrá ser favorecido de esta regla de desempate. Por ello, el proponente además de acreditar la vinculación de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley, deberá acreditar que dicha vinculación es, como mínimo, de un año de antigüedad. La única excepción a este término está relacionada con el proponente que se haya constituido con una anterioridad menor al año, pues en este caso, como se expuso, deberá acreditar que el capital humano está vinculado al menos desde el momento de la constitución.

En este contexto, el tiempo de vinculación de un trabajador no puede ser utilizado para otro trabajador que no cumpla con la antigüedad requerida. Ello por cuanto un elemento esencial del contrato de trabajo es la actividad personal del trabajador, es decir, que las labores sean efectivamente realizadas por él. Esto significa que las condiciones en las cuales se realiza el contrato de trabajo son inherentes a la actividad personal del trabajador, lo que por supuesto incluye el tiempo de duración del contrato de trabajo. Por tanto, tampoco podría considerarse el tiempo de vinculación de un trabajador para otro trabajador con el fin de determinar el cumplimiento del periodo de antigüedad exigido en el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Así las cosas, todos los requisitos señalados en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y en el parágrafo segundo son indispensables para la aplicación de este factor de desempate. De este modo, como la única excepción al plazo de vinculación exigido está determinada para los casos en que la constitución del oferente sea inferior a un año, no podrá ser favorecido con esta regla de desempate el proponente que acredite la vinculación del adulto mayor en condiciones diferentes a las establecidas en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en concordancia con lo dispuesto en su parágrafo 2.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 se reglamentó la forma de acreditar los factores de desempate previstos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, cuyas condiciones mantienen lo dispuesto en el artículo 35 sobre el plazo mínimo de vinculación laboral y la excepción señalada en el numeral 4. Conforme al artículo 8, las disposiciones de dicho decreto son aplicables para los procesos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente que se publiquen a partir del 24 de marzo de 2022, sin perjuicio de que la entidad lo aplique de forma potestativa para procesos publicados el 23 de marzo de 2022 o en una fecha anterior, adoptando la regulación correspondiente en el pliego de condiciones o documento equivalente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

»"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

»Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales a favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

»En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

»De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

»Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

»Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

»Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen."» [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

 [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-270 de 2021. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-13)
13. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

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

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

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

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

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

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-14)
14. Esto se ratifica expresamente en el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», el cual dispone que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto […] deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-15)
15. Código Sustantivo del Trabajo «Artículo 23. Elementos Esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

»1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

»2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen». [↑](#footnote-ref-16)