CCE-DES-FM-17

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Selección objetiva – 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.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Procedimiento de selección – Empate – 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.

**FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.17 – Numeral 5**

De acuerdo con el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, para el otorgamiento del criterio de desempate de que trata este numeral, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) mínimo el diez por ciento (10%) de la nómina del proponente debe pertenecer a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; ii) la persona natural o, el representante legal o el revisor fiscal, de la persona jurídica, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; iii) solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso; iv) en caso de que la persona jurídica tenga un periodo de constitución inferior a un (1) año, se tendrán en cuenta los trabajadores pertenecientes a la población en mención, que hayan estado vinculados desde el momento de constitución; v) el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador para acreditar el tiempo de vinculación en la planta referida; vi) aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, y vii) autorización previa y expresa de los trabajadores pertenecientes a estos grupos poblacionales para el tratamiento de la información, puesto que se trata de datos personales sensibles y se debe dar cumplimiento a las disposiciones del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012.

**FACTOR DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.17 – Numeral 5 – Proponentes plurales**

Tratándose de los proponentes plurales, conforme indica el cuarto inciso del numeral 5 del artículo en cita, se deben cumplir los mismos requisitos antes mencionados, con la particularidad de que para determinar el cumplimiento del porcentaje mínimo de la nómina perteneciente a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, se debe realizar la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural, y respecto de dicha sumatoria verificar el porcentaje mínimo, de tal ,manera que mínimo el 10% de dicha sumatoria debe pertenecer a la población en mención. Este inciso además indica que las personas podrán estar vinculadas a cualquiera de los integrantes del proponente plural, lo que significa que el porcentaje mínimo exigido puede estar distribuido en uno o varios de sus integrantes, con tal de que corresponda al porcentaje mínimo exigido del 10% de la sumatoria de la nómina del proponente plural. Para tales efectos, el representante legal del proponente plural debe certificar que por lo menos el diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población de que trata el factor de desempate, es decir, a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 13 Junio 2022

Señora

**Andrea Carolina Molina Naranjo**

andreamolinanaranjo@hotmail.com

**Concepto C – 227 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATACIÓN ESTATAL – Selección objetiva – Concepto / CONTRATACIÓN ESTATAL – Procedimiento de selección – Empate – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.17 – Numeral 5 / FACTOR DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.17 – Numeral 5 – Proponentes plurales |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta # P20220429004230. |

Respetada señora Molina:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de abril de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con el factor de desempate establecido en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1860 de 2021, usted realiza la siguiente consulta:

«Teniendo en cuenta el numeral 5 del artículo 2.2.1. 2.4.2.17. Factores de desempate y acreditación del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, el cual reglamenta la Ley 2069 de 2020; el cual dispone lo siguiente:

“Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, para lo cual, la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igualo 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 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 su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador. Además, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal presentará un certificado, mediante el cual acredita que por lo menos diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Este porcentaje se definirá de acuerdo con la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes. En todo caso, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente. Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como es el caso de las personas que pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana autoricen de manera previa y expresa el tratamiento de la información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate”.

¿Sería correcta la siguiente conclusión? El proponente debe acreditar que por lo menos el 10% de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, Raizal, palenquera, Rrom o gitana, bajo las especificaciones dadas en el mismo numeral. En el caso de los proponentes plurales el representante legal presentará un certificado mediante el cual acredita que por lo menos el 10% del total de la nómina de sus integrantes pertenecen a cualquiera de las poblaciones o grupos mencionados, y el porcentaje se definirá de acuerdo a la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural, lo que quiere decir que los trabajadores pertenecientes a población indígena, negra, afrocolombiana, Raizal, palenquera, Rrom o gitana los puede poseer cualquiera de los integrantes, siempre y cuando al sumar la nómina de estos últimos el resultado f:».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) factores de desempate en la contratación estatal y ii) El factor de desempate consagrado en el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1860 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2096 de 2020, entre otros, en los conceptos: C‒006 del 05 de febrero de 2021, C–037 de 2021, C‒012 del 04 de febrero de 2021, 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-209 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-265 del 01 de julio de 2021, C-286 de 2021, C-302 de 2021, C-320 del 01 de julio de 2021, C-334 de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-341 de 2021, C-348 de 2021, C-390 del 03 de agosto de 2021, C-422 de 2021, C-487 del 03 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021 y C- 465 del 07 de septiembre de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

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

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-1).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-2). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3).

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. El factor de desempate consagrado en el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1860 de 2021**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, «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 con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas – Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-4), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-5). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-6), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-7) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-8).

Adicionalmente, 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.

En ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, por el cual reglamenta los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, y modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Cabe mencionar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva. Teniendo en cuenta que su consulta se refiere al factor de desempate del numeral 5 del artículo en mención y su reglamentación en el artículo numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1860 de 2021, a continuación, se analizarán los requisitos para acreditar dicho factor de desempate.

En lo que respecta al numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069, es decir, «Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas»   a la pertenencia a la «[…] población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas», es importante hacer algunas precisiones frente a cada grupo poblacional. El artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT –«Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»–, aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, caracteriza la «población indígena» como aquella que desciende de grupos que «[…] habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»[[9]](#footnote-9).

Por su parte, el artículo 2, numeral 5, de la Ley 70 de 1993 dispone que «comunidad negra» «Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos». De otro lado, «La población afrocolombiana está compuesta por hombres y mujeres con una marcada ascendencia (lingüística, étnica y cultural) africana. Los y las afrocolombianos(as) son algunos de los descendientes de africanos y africanas –provenientes de diversas regiones y etnias de África– que llegaron al continente americano en calidad de esclavos»[[10]](#footnote-10).

La «población raizal», «Es la población nativa de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina descendientes de la unión entre europeos (principalmente ingleses, españoles y holandeses) y esclavos africanos. Se distinguen por su cultura, lengua (creole), creencias religiosas (iglesia bautista) y pasado histórico similar a los pueblos antillanos como Jamaica y Haití»[[11]](#footnote-11). La «población palenquera» «[…] está conformada por los descendientes de los esclavizados que mediante actos de resistencia y de libertad, se refugiaron en los territorios de la Costa Norte de Colombia desde el Siglo XV denominados palenques. Existen 4 Palenques reconocidos: San Basilio de Palenque (Mahates – Bolívar), San José de Uré (Córdoba), Jacobo Pérez Escobar (Magdalena) y La Libertad (Sucre)»[[12]](#footnote-12).

En cuanto al Pueblo «Rrom» o «gitano» conviene indicar que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2957 del 6 de agosto de 2010, «El Estado colombiano reconoce a los Rom o Gitanos como un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales»[[13]](#footnote-13). Lo importante es que la competencia para la caracterización y registro de cualquiera de los grupos poblacionales anteriormente mencionados reside en el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura y el Departamento Nacional de Estadística –DANE–, por lo cual se sugiere complementar esta información con dichas entidades.

 Sin perjuicio del carácter de norma de aplicación directa del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, la acreditación de los factores de desempate que introdujo dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1860 de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015. En relación con el factor de desempate previsto en el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en el numeral 5 de la referida norma reglamentaria se estableció lo siguiente:

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, para lo cual, la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas 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 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 su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

Además, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley [2893](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64476#0)de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal presentará un certificado, mediante el cual acredita que por lo menos diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Este porcentaje se definirá de acuerdo con la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes. En todo caso, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana en los términos del Decreto Ley [2893](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64476#0)de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#5)de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como es el caso de las personas que pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana autoricen de manera previa y expresa el tratamiento de la información, en los términos del literal [a](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#6.a)) del artículo [6](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#6)de la Ley 1581 de 2012, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate.

Del texto de la norma reglamentaria en cita se colige que, para el otorgamiento del criterio de desempate se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) mínimo el diez por ciento (10%) de la nómina del proponente debe pertenecer a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; ii) la persona natural o, el representante legal o el revisor fiscal, de la persona jurídica, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; iii) solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso; iv) en caso de que la persona jurídica tenga un periodo de constitución inferior a un (1) año, se tendrán en cuenta los trabajadores pertenecientes a la población en mención, que hayan estado vinculados desde el momento de constitución; v) el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador para acreditar el tiempo de vinculación en la planta referida; vi) aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, y vii) autorización previa y expresa de los trabajadores pertenecientes a estos grupos poblacionales para el tratamiento de la información, puesto que se trata de datos personales sensibles y se debe dar cumplimiento a las disposiciones del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012.

Tratándose de los proponentes plurales, conforme indica el cuarto inciso del numeral 5 del artículo en cita, se deben cumplir los mismos requisitos antes mencionados, con la particularidad de que para determinar el cumplimiento del porcentaje mínimo de la nómina perteneciente a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, se debe realizar la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural, y respecto de dicha sumatoria verificar el porcentaje mínimo, de tal ,manera que mínimo el 10% de dicha sumatoria debe pertenecer a la población en mención. Este inciso además indica que las personas podrán estar vinculadas a cualquiera de los integrantes del proponente plural, lo que significa que el porcentaje mínimo exigido puede estar distribuido en uno o varios de sus integrantes, con tal de que corresponda al porcentaje mínimo exigido del 10% de la sumatoria de la nómina del proponente plural. Para tales efectos, el representante legal del proponente plural debe certificar que por lo menos el diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población de que trata el factor de desempate, es decir, a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana.

**3. Respuesta**

Teniendo en cuenta el numeral 5 del artículo 2.2.1. 2.4.2.17. Factores de desempate y acreditación del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, el cual reglamenta la Ley 2069 de 2020; el cual dispone lo siguiente:

“Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, para lo cual, la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igualo 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 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 su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador. Además, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

En el caso de los proponentes plurales, su representante legal presentará un certificado, mediante el cual acredita que por lo menos diez por ciento (10%) del total de la nómina de sus integrantes pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana. Este porcentaje se definirá de acuerdo con la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural. Las personas enunciadas anteriormente podrán estar vinculadas a cualquiera de sus integrantes. En todo caso, deberá aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente. Debido a que para el otorgamiento de este criterio de desempate se entregan certificados que contienen datos sensibles, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que el titular de la información de estos, como es el caso de las personas que pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana autoricen de manera previa y expresa el tratamiento de la información, en los términos del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, como requisito para el otorgamiento del criterio de desempate”.

¿Sería correcta la siguiente conclusión? El proponente debe acreditar que por lo menos el 10% de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, Raizal, palenquera, Rrom o gitana, bajo las especificaciones dadas en el mismo numeral. En el caso de los proponentes plurales el representante legal presentará un certificado mediante el cual acredita que por lo menos el 10% del total de la nómina de sus integrantes pertenecen a cualquiera de las poblaciones o grupos mencionados, y el porcentaje se definirá de acuerdo a la sumatoria de la nómina de cada uno de los integrantes del proponente plural, lo que quiere decir que los trabajadores pertenecientes a población indígena, negra, afrocolombiana, Raizal, palenquera, Rrom o gitana los puede poseer cualquiera de los integrantes, siempre y cuando al sumar la nómina de estos últimos el resultado f:

De acuerdo con el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, para el otorgamiento del criterio de desempate de que trata este numeral, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) mínimo el diez por ciento (10%) de la nómina del proponente debe pertenecer a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; ii) la persona natural o, el representante legal o el revisor fiscal, de la persona jurídica, según corresponda, bajo la gravedad de juramento señalará las personas vinculadas a su nómina, y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana; iii) solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un (1) año contado a partir de la fecha del cierre del proceso; iv) en caso de que la persona jurídica tenga un periodo de constitución inferior a un (1) año, se tendrán en cuenta los trabajadores pertenecientes a la población en mención, que hayan estado vinculados desde el momento de constitución; v) el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un (1) año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador para acreditar el tiempo de vinculación en la planta referida; vi) aportar la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos del Decreto Ley 2893 de 2011, o la norma que lo modifique, sustituya o complemente, y vii) autorización previa y expresa de los trabajadores pertenecientes a estos grupos poblacionales para el tratamiento de la información, puesto que se trata de datos personales sensibles y se debe dar cumplimiento a las disposiciones del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012.

Este factor de desempate también aplica a los proponentes plurales quienes deben cumplir con los mismos requisitos anteriores, con la salvedad de que, conforme indica el inciso cuarto del numeral 5 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, la pertenencia del porcentaje mínimo de la nómina a los referidos grupos poblacionales deberá verificarse respecto de la sumatoria de las nominas de los integrantes del proponente plural, de tal manera que mínimo el diez por ciento (10%) de dicha sumatoria debe pertenecer a la población en mención. Esta norma además establece que las personas podrán estar vinculadas a cualquiera de los integrantes el proponente plural, lo que significa que el porcentaje mínimo exigido puede estar distribuido en uno o varios de sus integrantes, con tal de que corresponda al porcentaje mínimo exigido del 10% de la sumatoria de la nómina del proponente plural y se cumplan los requisitos enunciados en el párrafo anterior.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 - 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-8)
9. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf [↑](#footnote-ref-9)
10. Ministerio de Cultura. Afrocolombianos, población con huellas de africanía. Disponible en: https://mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf [↑](#footnote-ref-10)
11. Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Disponible en: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/277 [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
13. Según el numeral 3 del artículo 4 del Decreto 2957 de 2010, «Para los Rom, el acto físico de ir de un lugar a otro es apenas un aspecto de su identidad cultural y de su estilo de vida. Dado que el nomadismo significa ante todo una manera de ver el mundo, una actitud particular respecto a la vivienda, al trabajo y a la vida en general, el nomadismo sustenta y da vida a una cosmovisión particular y radicalmente diferente a la que ostentan los pueblos sedentarios. El grupo étnico Rom o Gitano continúa siendo nómada aun cuando no esté realizando desplazamientos permanentemente por cuanto el nomadismo, además, es un estado que hace parte de su espiritualidad e imaginario colectivo». [↑](#footnote-ref-13)