

FACTORES DE DESEMPEATE – Características – Límites

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la escogencia 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 habilitación 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.

LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia

[...] el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 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”. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021.

FACTORES DE DESEMPEATE – Ley 2069 de 2020 – Numeral 4 – Decreto 1680 de 2021 — Mayor proporción

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

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



Bogotá D.C.



Colombia Compra Eficiente
 Rad No. RS20230608005888
 Anexos: No Con copia: No
 Fecha: 08/06/2023 16:26:50



Brigadier General
Oscar Zuluaga Castaño
 Presidente
 Satena S.A.

Ciudad

Concepto C – 179 de 2023

Temas: FACTORES DE DESEMPEATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPEATE – Ley 2069 de 2020 – Numeral 4 – Decreto 1680 de 2021– Mayor proporción

Radicación: Respuesta a la consulta No. P20230425003658

Estimado señor Zuluaga:

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 25 de abril de 2023.

1. Problema planteado

En relación con el factor de desempate del numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, usted formula la siguiente consulta:

“En relación con el criterio número 4 del Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 que indica que se debe “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.”(Subrayado y negrilla propios), se desea conocer cuál fórmula o regla es aplicable para determinar de manera homogénea las proporciones indicadas en el desempate de proveedores.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Lo anterior, considerando que, a modo de ejemplo, en el caso que un proveedor contrate de manera directa a un único empleado tendría una proporción 1:1 es decir el 100% de sus empleados son discapacitados y tener por ejemplo 99 por outsourcing; mientras que otro que cuente con 100 empleados contratados de manera directa y tenga una persona discapacitada la proporción sería 1:100 es decir el 1%. Se evidencia que en el caso hipotético planteado se estaría evaluando de manera injusta e inequitativa a quién tiene vinculados más empleados de manera directa y favoreciendo a quién tercerice y para efectos de obtener la mayor proporción contrate de manera directa a un único empleado.

2. Al momento de aplicar el criterio número 4 del Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 que indica que se debe “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.” (Subrayado y negrilla propios)

¿Cuál es el método adecuado para calcular la proporción de vinculación de personal cuándo se están evaluando proponentes plurales ya sea Consorcios o Uniones Temporales?”

2. Consideraciones

Como cuestión preliminar, es pertinente señalar que, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de este tipo de problemas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, es decir, haciendo abstracción del caso particular expuesto en la petición–, resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Para estos efectos, se analizarán los siguientes temas: i) factores de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación, vigencia y reglamentación de la Ley 2069 de 2020 y iii) vinculación en mayor proporción de personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o sobrevivencia como factor de desempate y su acreditación.

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-320 del 1 de julio de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-444 del 23 de julio de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 del 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-617 del 6 diciembre de 2021, C-584 del 13 de diciembre de 2021, C-689 del 5 de enero de 2022, C-741 del 1 de febrero de 2022 y C-750 del 4 de febrero de 2022, C-322 del 20 de mayo de 2022 y C-468 del 22 de julio de 2022², entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

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

² Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de Colombia Compra Eficiente en el siguiente enlace: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>





Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la escogencia 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 habilitación 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 los mismos. 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 contractual.

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 los que se encuentra 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 selección³.

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 población⁴. 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

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.





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, vigencia y reglamentación 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, “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, expidiera el decreto correspondiente que permitiera 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 tarifas⁵, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁶. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁷, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁸ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁹.

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

⁵ Artículos 2 al 29.

⁶ Artículos 30 al 36.

⁷ Artículos 37 al 45.

⁸ Artículos 46 al 73.

⁹ Artículos 74 al 83.





acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el gobierno nacional podrá regular los supuestos en que concurren 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 de 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 ella.

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 [...].”

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 concurren dos o más de los factores aquí previstos”. En otras palabras, sin perjuicio de la competencia general prevista en el artículo 189.11 de Constitución Política de 1991, este 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.

Lo explicado en los párrafos precedentes es importante, porque el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 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”. Esta norma se expidió





con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021¹⁰.

En lo relativo al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.17. a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual reglamenta los factores de desempate del artículo 35 *ibidem*, estableciendo los medios de acreditación de cada uno de los supuestos de hecho en función de los cuales operan.

De otra parte, el artículo 7 del Decreto recientemente expedido modificó el contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.8 de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, alusivo al sistema de preferencias en favor de las personas con discapacidad. La modificación realizada reemplazó la referencia al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, que anteriormente reglamentaba los factores de desempate, por una remisión al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, disposiciones por las que ahora se rigen los criterios de desempate.

Por último, debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 es regulada por su artículo 8, el cual establece 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”. De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho término¹¹.

¹⁰ Decreto 1860 de 2021. “Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento”.

¹¹ Decreto 1860 de 2021. “Artículo 8. Vigencia y derogatorias. 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 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14., 2.2.1.2.4.2.15., 2.2.1.2.4.2.16., 2.2.1.2.4.2.17. y 2.2.1.2.4.2.18.; adiciona un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

“Parágrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme





En tal sentido, tratándose de la acreditación de los factores de desempate dichas modificaciones tienen efectos en los procesos cuya invitación o aviso de convocatoria se hubiese publicado 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 en una fecha anterior.

2.3. La vinculación en mayor proporción de personas mayores no beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o sobrevivencia como factor de desempate y su acreditación

Con respecto al numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015 adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 que reglamenta el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, se señalarán las consideraciones que esta Agencia en su momento expresó, en relación con la acreditación de este factor de desempate, previo a la expedición del Decreto 1860 de 2021, para, posteriormente, indicar cuál es el alcance que la norma reglamentaria brinda al referido factor de desempate.

En relación con lo previsto en el numeral *ibidem*, 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 se señaló que 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 y que, como se expresará, se acogió en la reglamentación realizada por el Decreto 1860 de 2021.

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” (Énfasis fuera de texto). 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

la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

“La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo”.



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, a juicio de la Agencia, se debía aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debía 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 consideraba que, mientras el Decreto 1860 de 2021 no entrara en vigencia, existía libertad probatoria sobre el tema. En consecuencia, la entidad contratante podía determinar en el pliego de condiciones o documento equivalente cuál sería el medio para evidenciar la vinculación de las personas mayores por parte del oferente.

Paralelamente, 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 consideraba 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” debía entenderse en concordancia con el párrafo 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 mediante contratistas de prestación de servicios.

Por otra parte, el párrafo 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.

Además, como se señaló en el concepto C-390 de 2021, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Igualmente, en el artículo 29 ibidem, también prescribe que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”.



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

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

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 desarrolla el factor de desempate que se está analizando:

“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 sobrevivencia, 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 sobrevivencia, 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 fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la reglamentación actual, expresamente, señala que se preferirá la propuesta del 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 lo cual deberán presentar los siguientes documentos: i) un certificado mediante el cual, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, acredite bajo gravedad de juramento las personas vinculadas a la nómina y el número de trabajadores que no son beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia, ii) un certificado mediante el cual, cada uno de los trabajadores sujetos a la condición prevista en el numeral, acredite bajo gravedad de juramento que no es beneficiario de pensión de vejez, familiar o sobrevivencia, y que cumple la edad de pensión; y iii) además, el documento de identificación del trabajador que lo firma.

Según la norma citada, se estipula que para la vinculación de estas personas se tendrá en cuenta si han estado vinculadas con anterioridad a un año desde la fecha de cierre del proceso y que para el caso de las personas jurídicas nuevas o con constitución inferior a un año, se tendrá en cuenta que hayan estado vinculadas desde el momento de constitución de la persona jurídica. De otro lado, para el caso de los proponentes plurales, se establece que las personas referenciadas podrán estar vinculadas a cualquiera de los integrantes de la estructura plural.

Finalmente, de acuerdo con la norma, la expresión "mayor proporción" alude al número de personas vinculadas por el oferente, la cual "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" de vinculación laboral de personas que 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". Para el caso de los proponentes plurales, "la mayor proporción se definirá con la sumatoria de trabajadores vinculados en la planta de personal de cada uno de sus integrantes".

3. Respuestas

"En relación con el criterio número 4 del Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 que



indica que se debe “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.”(Subrayado y negrilla propios), se desea conocer cuál fórmula o regla es aplicable para determinar de manera homogénea las proporciones indicadas en el desempate de proveedores.

Lo anterior, considerando que, a modo de ejemplo, en el caso que un proveedor contrate de manera directa a un único empleado tendría una proporción 1:1 es decir el 100% de sus empleados son discapacitados y tener por ejemplo 99 por outsourcing; mientras que otro que cuente con 100 empleados contratados de manera directa y tenga una persona discapacitada la proporción sería 1:100 es decir el 1%. Se evidencia que en el caso hipotético planteado se estaría evaluando de manera injusta e inequitativa a quién tiene vinculados más empleados de manera directa y favoreciendo a quién tercerice y para efectos de obtener la mayor proporción contrate de manera directa a un único empleado.

2. Al momento de aplicar el criterio número 4 del Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 que indica que se debe “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.” (Subrayado y negrilla propios)

¿Cuál es el método adecuado para calcular la proporción de vinculación de personal cuándo se están evaluando proponentes plurales ya sea Consorcios o Uniones Temporales?”

De conformidad con las consideraciones expuestas, es necesario reiterar que esta Agencia solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares. Por consiguiente, no puede emitir pronunciamientos con el propósito de resolver situaciones propias que se presentan con ocasión del trámite de los procesos de contratación estatal a cargo de las entidades públicas. Pronunciarse sobre la situación descrita en la solicitud implicaría realizar un juicio de valor sobre la validez de la aplicación de los factores de desempate objeto de consulta en el citado proceso de contratación estatal, lo cual condicionaría las decisiones que debe adoptar una entidad pública en ese trámite administrativo de naturaleza contractual; actuación para la cual la Agencia no tiene competencia.

En consecuencia, les corresponde a las autoridades, por ser de su competencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos y como responsables de la estructuración de sus procesos de contratación estatal, en cada caso particular y concreto, establecer el alcance de las interpretaciones hermenéuticas de los factores de desempate que se deben aplicar a las





propuestas presentadas por los oferentes, así como la forma en que dichos factores deben acreditarse por parte de estos. Esta entidad no puede involucrarse, directa o indirectamente, en las decisiones o actuaciones de las entidades estatales en materia de contratación estatal, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones constitucionales y legales que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso mencionar, respecto del factor de desempate consagrado en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015 adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que 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”. Interpretación, que, entre otras cosas, es consistente con la reglamentación del numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1860 de 2021, en el que se determina que “[...]a 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*”. Y dice que, para 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”.

Teniendo en cuenta que el numeral no distingue tipos de oferente, dicho criterio de desempate, a juicio de la Agencia, se debe aplicar también a proponentes plurales. En este caso el proponente plural debía 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.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

