

FORMATO PQRS

SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto

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.

FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites

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 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 – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1680 de 2021 – Mujeres cabeza de familia – Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria

El artículo 35, numeral 2, de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. Con anterioridad a la expedición del Decreto 1860 de 2021 [...]. [S]e ha acudido a su significado en el lenguaje común, el cual indica que el término designa la acción de “Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos”. Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo a la industria o trabajo personal del socio –como

FORMATO PQRS

sucede usualmente en las sociedades de personas-. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Esta interpretación se encuentra hoy reflejada en el desarrollo reglamentario de los factores de desempate producido por el Decreto 1860 de 2021, de cuyo texto surge con claridad que la participación mayoritaria a la que se refiere el factor de desempate en estudio tiene que ver con la distribución de acciones, utilidades o cuotas partes de la sociedad que funge como proponente singular o integrante de uno plural. Así se desprende del texto del inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 arriba transcrito, que al establecer el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar “[...] un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar”. De acuerdo con esto, la manera en la que se ha reglamentado el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite concluir que, las personas jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de este criterio de desempate son aquellas en las que más del 50% de la composición accionaria o cuota parte se encuentre en cabeza de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

APLICACIÓN SUCESIVA Y EXCLUYENTE – Empate – Persistencia

Si en la causal del artículo 35.2 de la Ley de Emprendimiento –reglamentada por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– tanto la persona jurídica como el proponente plural cumplen los requisitos exigidos, debe acudirse al mandato de aplicación sucesiva y excluyente establecido en la Ley 2069 de 2020. Al no existir una prelación legal de uno sobre otro, se aplicarán los demás criterios de desempate. Si éste persiste con todas las otras causales, se aplicará en método aleatorio establecido previamente en el pliego de condiciones, invitación o documento que haga sus veces.

Esto comoquiera que, una de las implicaciones del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que la acreditación de cada criterio de desempate deba estudiarse de manera separada, lo que supone que, ante una situación de empate, una entidad debe proceder por acudir al primer criterio de desempate, y de persistir al empate, ya sea porque ambos oferentes acrediten el primer factor, o porque ninguno lo cumple, proceder a aplicar el segundo, y así sucesivamente hasta que se determine la oferta ganadora. En medio de esto, la aplicación excluyente supone que la acreditación de un factor de desempate por parte de determinado oferente, se evalúe de manera separada, independiente de lo acreditado para los otros factores.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 03 de Abril de 2025



Señor
Enrique Gutiérrez Melo
gerencia@grupoomega.co
Villavicencio, Meta

Concepto C – 239 de 2025

Temas: SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1680 de 2021 – Mujeres cabeza de familia – Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria / APLICACIÓN SUCESIVA Y EXCLUYENTE – Empate – Persistencia

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No. P20250225001855

Estimado señor Gómez Gutiérrez Melo:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 25 de febrero de 2025, en la cual pregunta lo siguiente:

“¿En el caso de que entre dos oferentes exista un empate y uno de ellos se trate de una Unión Temporal y el otro oferente sea una persona

FORMATO PQRS

jurídica, existiría una prelación otorgada por la norma a los proponentes plurales, cuando cada uno de sus integrantes cumplan con los requisitos establecidos, específicamente en lo relativo a la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2, artículo 2.2.1.2.4.2.17. del decreto 1860 del 2021?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad sólo tiene competencia para responder consultas 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 concretos de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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 pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias específicas que la hayan motivado, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿cuál es el marco jurídico para la aplicación del factor de desempate del artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020?

II. Respuesta:

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, respecto a la causal de desempate consagrada en el artículo 35.2 de la Ley de Emprendimiento – Ley 2069 de 2020 reglamentada por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– si tanto la persona jurídica como el proponente plural cumplen los requisitos exigidos, debe acudirse al mandato de aplicación

FORMATO PQRS

sucesiva y excluyente establecido en la Ley mencionada. Al no existir una prelación legal de uno sobre otro, se aplicarán los demás criterios de desempate. Si éste persiste con todas las otras causales, se aplicará en método aleatorio establecido previamente en el pliego de condiciones, invitación o documento que haga sus veces.

Esto comoquiera que, una de las implicaciones del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que la acreditación de cada criterio de desempate deba estudiarse de manera separada, lo que supone que, ante una situación de empate, una entidad debe proceder por acudir al primer criterio de desempate, y de persistir al empate, ya sea porque ambos oferentes acrediten el primer factor, o porque ninguno lo cumple, proceder a aplicar el segundo, y así sucesivamente hasta que se determine la oferta ganadora. En medio de esto, la aplicación excluyente supone que la acreditación de un factor de desempate por parte de determinado oferente, se evalúe de manera separada, independiente de lo acreditado para los otros factores.

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. 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

FORMATO PQRS

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 selección¹.

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

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

FORMATO PQRS

afirmativas para ciertos sectores de la población². Así mismo, 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 1993³.

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”.

ii. De acuerdo con el objeto de la consulta, la duda planeada se relaciona con el alcance del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Este criterio de desempate beneficia a las mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

“En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes:

[...]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente. [...].”

² Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. 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 1519 del Código Civil.

FORMATO PQRS

Por lo demás, debe destacarse que el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, precepto que reglamenta la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableciendo unos medios de acreditación específicos para cada una de las diferentes circunstancias a las que se refieren los factores de desempate, los cuales deberán aplicarse en los procesos de selección en los que rija el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En lo referente al criterio de desempate del numeral 2 del artículo 35 *ibidem*, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 dispone:

"2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia. Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario. En la declaración que se presente para acreditar la calidad de mujer cabeza de familia deberá verificarse que la misma dé cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008.

Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y, a falta de este, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.

FORMATO PQRS

Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral. [...]”.

Como se aprecia, en cuanto a la acreditación de la condición de mujer cabeza de familia, el primer inciso del numeral 2, realiza una referencia al artículo 2 de la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008⁴, disposición que establece la declaración ante notario como mecanismo para demostrar la calidad de mujer cabeza de familia⁵. Lo propio hace el inciso segundo del numeral 2 de la norma reglamentaria en comento en lo relativo a la demostración de la condición de mujer víctima de violencia intrafamiliar, al remitir al artículo 21 de la Ley 1257 de 2008⁶, “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, el cual dispone que las situaciones de violencia intrafamiliar se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin lugar a más

⁴ Ley 1232 de 2008. “Artículo 1º. El artículo 2º de la Ley 82 de 1993 quedará así:

Artículo 2º. *Jefatura femenina de hogar*. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo”.

⁵ Como lo ha indicado la Corte Constitucional, “[...] la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

⁶ Ley 1257 de 2008. “Artículo 21. Acreditación de las situaciones de violencia. Las situaciones de violencia que dan lugar a la atención de las mujeres, sus hijos e hijas, se acreditarán con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales”.

FORMATO PQRS

requisitos⁷. Esto en concordancia con los artículos 16 y 17 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este el juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena –en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas–.

De acuerdo con lo anterior, la regulación de los medios de acreditación establecidos en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, se hace a partir de una articulación normativa con las disposiciones legales señaladas, las cuales regulan, de manera general, la acreditación de las condiciones de mujer cabeza de familia y mujer víctima de violencia intrafamiliar. En ese sentido, lo que procura el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 es que, en los procesos de contratación pública, la acreditación de las referidas calidades se rija por la normativa de rango legal que rige la materia.

Como se desprende del texto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este factor de desempate no aplica únicamente en favor de las personas naturales que acrediten las referidas condiciones, sino también a las personas jurídicas en las que “participen mayoritariamente”. Adicionalmente, dentro del ámbito de aplicación de este factor de desempate también entran los proponentes plurales conformados exclusivamente por personas naturales y/o jurídicas que reúnan alguna de las otras condiciones que aplican a los proponentes singulares. De tal manera que, para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido por: i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la “persona jurídica”, en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

iii. Ahora bien, el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona

⁷ La Corte Constitucional ha establecido que la violencia intrafamiliar se define como “[...] aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia”. Sentencia T-967 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

FORMATO PQRS

jurídica o en el proponente plural. Con anterioridad a la expedición del Decreto 1860 de 2021, en los múltiples conceptos expedidos con relación a la noción de participación mayoritaria, el criterio reiterado de esta Agencia había sido la interpretación literal de la norma, en atención a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

En aplicación de este criterio interpretativo, y en consideración a la ausencia de una definición legal del término “participar”, se ha acudido a su significado en el lenguaje común, el cual indica que el término designa la acción de “Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos”⁸. Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Esta interpretación se encuentra hoy reflejada en el desarrollo reglamentario de los factores de desempate producido por el Decreto 1860 de 2021, de cuyo texto surge con claridad que la participación mayoritaria a la que se refiere el factor de desempate en estudio tiene que ver con la distribución de acciones, utilidades o cuotas partes de la sociedad que funge como proponente singular o integrante de uno plural. Así se desprende del texto del inciso tercero del precitado numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, que al establecer el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar “[...] un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar [...]”.

De acuerdo con esto, la manera en la que se ha reglamentado el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite concluir que, las personas jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de este criterio de

⁸ El Diccionario de la Lengua Española. Consultado en: <https://dle.rae.es/participar>.

FORMATO PQRS

desempate son aquellas en las que más del cincuenta por ciento (50%) de la composición accionaria o cuota parte se encuentre en cabeza de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esta circunstancia, de conformidad con el inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, debe demostrarse mediante certificación emitida por el representante o revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento, a la que además deberán acreditarse documentos mediante los que se demuestren las condiciones de jefatura de familia o víctima de violencia intrafamiliar, respecto de las mujeres titulares de la participación de la sociedad, de acuerdo con los incisos primero y segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021.

iv. Finalmente, si en la causal del artículo 35.2 de la Ley de Emprendimiento – reglamentada por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– tanto la persona jurídica como el proponente plural cumplen los criterios explicados *ut supra*, debe acudir al mandato de aplicación sucesiva y excluyente establecido en la Ley 2069 de 2020. Al no existir una prelación legal de uno sobre otro, se aplicarán los demás criterios de desempate. Si éste persiste con todas las otras causales, se aplicará en método aleatorio establecido previamente en el pliego de condiciones, invitación o documento que haga sus veces.

Esto comoquiera que, una de las implicaciones del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que la acreditación de cada criterio de desempate deba estudiarse de manera separada, lo que supone que, ante una situación de empate, una entidad debe proceder por acudir al primer criterio de desempate, y de persistir al empate, ya sea porque ambos oferentes acrediten el primer factor, o porque ninguno lo cumple, proceder a aplicar el segundo, y así sucesivamente hasta que se determine la oferta ganadora. En medio de esto, la aplicación excluyente supone que la acreditación de un factor de desempate por parte de determinado oferente, se evalúe de manera separada, independiente de lo acreditado para los otros factores.

v. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que

FORMATO PQRS

motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas:

- Ley 80 de 1993, artículo 44.
- Ley 82 de 1993, artículo 2.
- Ley 1150 de 2007, artículo 5.
- Ley 1257 de 2008, artículos 16, 17 y 21.
- Ley 2069 de 2020, artículo 35.
- Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.17.
- Código Civil, artículo 28.
- Código de Comercio, artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre los factores de desempate 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, C-556 del 31 de agosto de 2020 y C-031 del 26 de marzo de 2024. 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 del 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de

FORMATO PQRS

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, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-295 del 9 de mayo de 2022 y C-846 del 23 de diciembre de 2024. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Cartilla para incentivar y fortalecer el acceso a las compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia**. Esta cartilla es una apuesta de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para incentivar la participación de los pueblos y comunidades étnicas en las compras y contratación pública, mediante el desarrollo de los principios de igualdad, equidad e inclusión social. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: [Cartilla para incentivar y fortalecer el acceso a las compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

De otra parte, te informamos que, con el objetivo de garantizar un conocimiento adecuado de las **modificaciones y/o actualizaciones realizadas a los Documentos Tipo**, hemos programado una serie de **capacitaciones** dirigidas a todos los actores involucrados en los procesos de selección. Podrás conocer la programación y realizar tu inscripción a estas capacitaciones a través del siguiente enlace: [Calendario | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

También, te contamos que ya publicamos **la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**. Esta guía es un instrumento clave para integrar buenas prácticas en la contratación estatal, promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a través de criterios y obligaciones ambientales y sociales en todas las etapas del proceso. Puede consultar la guía



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

FORMATO PQRS

en el siguiente enlace: [Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Lucía Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE