

FACTORES DE DESEMPATE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. En un procedimiento de selección de contratistas –concretamente en la calificación de las propuestas– puede darse un empate entre ellas. En este escenario el ordenamiento jurídico contempla los «factores de desempate», que permiten que las entidades estatales elijan una oferta y, finalmente, adjudiquen el contrato. Actualmente, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 –desarrollado en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015– contempla los factores aplicables a los procedimientos de contratación con cargo a recursos públicos, independientemente del régimen de contratación. En el texto se estudian: *i)* aspectos generales de la norma, como la reserva de ley que pareciera surgir, la congelación del rango, la posible derogación o subrogación de otros factores de desempate, la jerarquía entre ellos y la finalidad que persiguen, y *ii)* dificultades prácticas y concretas de su aplicación, al ignorarse premisas básicas de la contratación estatal u omitirse detalles relevantes.

Introducción

El Diccionario de la Lengua Española define «empatar» como «Dicho de dos o más personas o grupos: Obtener un mismo número de puntos o de votos en una votación» y «Dicho de dos o más jugadores o equipos: Obtener igual puntuación en un enfrentamiento o una competición». En el escenario contractual esta posibilidad se materializa en el procedimiento de selección, cuando dos o más propuestas obtienen el mismo puntaje, siendo necesario aplicar un criterio de desempate. Por lo tanto, actualmente el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que en caso de empate en el puntaje se deberán seguir unas reglas específicas, que suscitan discusiones en torno a: *i)* la reserva de ley en la materia y la consecuente congelación del rango, *ii)* la posible derogación o subrogación de otros factores de desempate, como es el caso del previsto en el artículo 7 de la Ley 2046 de 2020, *iii)* la jerarquía entre ellos, teniendo en cuenta el artículo 19 de la Ley 2246 de 2022 y *iv)* la finalidad que persiguen, al priorizarse el reconocimiento

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de agosto de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

de distintos sectores sociales. A su vez, se resaltarán algunas dificultades prácticas y concretas de su aplicación, relacionados con la aplicación en los procedimientos de contratación regidos por el Decreto 092 de 2017, la subsanabilidad de los medios que acreditan el supuesto base del factor de desempate y los medios probatorios específicos, a propósito del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015.

1. Aspectos generales de los «factores de desempate»: finalidad, reserva de ley, congelación del rango y derogación o subrogación de normas

Anteriormente, los factores de desempate estaban previstos –pero no solo allí– en el artículo 33 del Decreto 1510 de 2013 –compilado en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015–. La norma establecía que, en presencia de puntajes iguales, *i)* la entidad estatal escogía al oferente que tuviera el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en el pliego de condiciones del procedimiento de contratación, *ii)* si el empate persistía, la entidad elegía la oferta con mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación, y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores, *iii)* si el empate continuaba, la entidad tenía en cuenta cinco reglas: en *primer lugar*, preferir la oferta de bienes o servicios nacionales; en *segundo lugar*, optar por la presentada por una Mipyme nacional; en *tercer lugar*, escoger la presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura que, entre otros aspectos, estuviera conformado por al menos una Mipyme; en *cuarto lugar*, preferir la del oferente que en su nómina de trabajadores tuviera como mínimo el 10% de personas con discapacidad; y en *quinto lugar*, utilizar un «método aleatorio» –previsto en el pliego de condiciones– para seleccionar al oferente.

En contraste con la regulación actual, que se expondrá a continuación, la entidad estatal «desempataba» las ofertas a partir de los mismos criterios de asignación de puntaje, dentro de los que se incluye, por ejemplo, el menor precio, el personal ofrecido, la experiencia del equipo de trabajo, la permanencia en obra y cualquier otro factor de asignación de puntaje definido por ella, atendiendo la necesidad a satisfacer y la tipología contractual. De esta forma, la preferencia de bienes y servicios nacionales, del mercado de las Mipymes y, entre otros, del reconocimiento de las personas con discapacidad era indirecta, pues antes de aplicarse estos criterios, se acudía a la prevalencia de los mismos factores de escogencia y calificación, que obedecían a razonamientos técnicos, financieros y jurídicos.

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 tiene una perspectiva distinta, que cambió sustancialmente el contenido de los «factores de desempate». La norma dispone doce criterios, que se sintetizan de la siguiente forma: *i)* se conserva la

preferencia de los bienes y los servicios nacionales, *ii*) se prioriza la propuesta de la mujer cabeza de familia, víctima de violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, o la de un proponente plural constituido por alguna de las anteriores, *iii*) se continúa prefiriendo la oferta del proponente que en su nómina cuente con, por lo menos, el 10% de personas con discapacidad, pero ahora se amplía a los proponentes plurales cuyos integrantes también acrediten este requisito, *iv*) se introduce una preferencia por las ofertas presentadas por quienes vinculen 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, *v*) se incluye la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el 10% de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, *vi*) también se prefiere la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participen mayoritariamente; o, de forma similar, se prioriza la oferta la de un proponente plural constituido por estas personas, *vii*) se amplía el beneficio para las ofertas presentadas por un proponente plural que esté conformado por al menos una madre cabeza de familia o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o, entre otros supuestos, una persona jurídica en la cual participen mayoritariamente, *viii*) se mantiene la elección de la oferta presentada por una Mipyme o cooperativa o asociación mutua, o la presentada por un proponentes plural constituido por ellas, *ix*) igualmente, se selecciona la oferta del proponente plural constituido por micro o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales, *x*) se prefiere el oferente que acredite con sus estados financieros o información contable, entre otros aspectos, que por lo menos el 25% del total de pagos fueran hechos a Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría, *xi*) se prefiere la propuesta de las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC y, como último criterio, *xii*) se conserva el empleo de un método aleatorio para seleccionar el oferente, siempre y cuando se haya definido en los documentos del procedimiento.

Nótese que, a diferencia de la regulación anterior, actualmente la aplicación de estos criterios no supone, previamente, haber intentado desempatar las ofertas teniendo en cuenta los factores de calificación, en su orden sucesivo. Esto evidencia un cambio considerable en el contenido de los factores de desempate y, en consecuencia, en su enfoque. Con el anterior artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 se pretendía que, en la medida de lo posible, los factores de calificación definidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones fueran los criterios que, a su vez, desempataran las propuestas con puntajes iguales. No obstante, la finalidad de los «criterios de desempate» del artículo 35 pareciera responder al reconocimiento de poblaciones o sectores

sociales excluidos o, de alguna forma, marginados en la contratación estatal y en el mercado en general, véase, por ejemplo, el caso de las personas con discapacidad o de las personas mayores con edad de pensión, pero sin acceso a ella.

Efectivamente, en la exposición de motivos de la Ley 2069 de 2020 se observa que la intención del legislador era facilitar el acceso a la contratación estatal –o como lo refieren, al «sistema de compras públicas»– a varios grupos o a empresas excluidas. En la Gaceta No. 963 del 22 de septiembre de 2020 se reconoce, por un lado, la intención de incluir factores de desempate que prioricen a las Mipymes, como segmento del mercado que amerita una protección³; y por otro lado, se tiene como fundamento un enfoque diferencial para la población indígena y afrocolombiana, principalmente en los sectores agroindustrial, artesanal y moda, teniendo en cuenta que en los cálculos referidos en la justificación del cuerpo normativo las medidas benefician de forma directa a 7.963 personas en condiciones de vulnerabilidad, de las cuales 4.813 eran víctimas de desplazamiento forzado y 3.300 eran mujeres. Igualmente ocurre en la Gaceta No. 1.334 del 18 de noviembre de 2020, donde se sostuvo que el propósito de la norma era facilitar el acceso al mercado de las «compras públicas» y lograr convertir a las empresas del segmento Mipymes en proveedoras y contratistas de las entidades estatales⁴.

De tal manera, aunque la acción de «desempatar» las ofertas con puntajes iguales se mantiene, en tanto la regla anterior y la actual consolidan criterios objetivos para que las entidades, en la evaluación de las ofertas, adjudiquen el contrato, es evidente que la finalidad de los «criterios de desempate» cambió sustancialmente. Ahora no se priorizan los factores de escogencia –que son el resultado de los estudios previos, del análisis del sector y de la necesidad de la entidad– sino que se prefiere la contratación con ciertos grupos de la población. Esta situación, por sí misma, no debiera ser problemática, en la medida en que materializa finalidades del Estado social, como lo son las *acciones afirmativas*; sin embargo, se advierte que la creación de estas normas requiere de un análisis sistemático, pues si bien la contratación del Estado es una forma de reivindicar ciertos sectores, no debe olvidarse que también concreta el «interés general», como fundamento básico de la Administración.

³ «[...] este título también incluye un capítulo de compras públicas que busca facilitar la inclusión de los emprendimientos y Mipymes en este mercado. Por ende, se incluyen a las Mipymes en los procesos de mínima cuantía, se crean criterios diferenciales para este sector productivo y se crean factores de desempate a favor de las Mipymes, para así facilitar su acceso al mercado de las compras públicas y lograr convertir a las empresas del segmento Mipymes en proveedor y contratista de las entidades estatales [...]». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 963 del 22 de septiembre de 2020.

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 1334 del 18 de noviembre de 2020.

En consecuencia, el legislador –al crearlos– y el ejecutivo –al reglamentarlos– deberá considerar no solo las bondades financieras para los grupos usualmente marginados de este mercado, sino también las repercusiones técnicas, económicas y jurídicas en la celebración, ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues estos criterios no tienen como propósito priorizar una mejor oferta, en términos de calidad, de precio o plazo, sino incentivar la celebración de contrato con personas específicas. Con lo anterior no se insinúa, de ningún modo, que estos grupos no sean lo suficientemente idóneos, sino que se advierte el cambio de racionalidad de la Administración como contratante. Las entidades tienen el deber y la responsabilidad de definir factores que otorguen puntaje que sean base para que, sujetos con iguales capacidades para ejecutar un contrato, se sometan a estos criterios.

Ahora bien, a propósito de la naturaleza normativa de estos «factores de desempate», nótese que los criterios se establecieron en la ley, siendo el reglamento designado solo para su desarrollo. Anteriormente, la mayoría de los factores eran de creación reglamentaria; pero con el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 su jerarquía normativa se elevó. Este aspecto resulta importante, en la medida en que sirve de fundamento para discutir la posibilidad de que los criterios de desempate sean, actualmente, una materia «reservada a la ley», imposibilitando que las entidades en los pliegos de condiciones o el ejecutivo en los decretos creen otros, o modifiquen los existentes. En la Sentencia C-507 de 2014, la Corte Constitucional definió la «reserva de ley» como una institución jurídica de raigambre constitucional, que protege los principios democráticos y de separación de poderes, porque obliga al legislador a regular materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Con base en ella se le impone un límite material al poder ejecutivo, quien no podrá pronunciarse sobre ciertas materias; pero también al poder legislativo, que no podrá delegar sus potestades⁵.

Pese a lo anterior, si bien se reconoce que el artículo 150, último inciso, de la Constitución Política dispone que «Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional», no se considera que este sea el fundamento para considerarse que, en materia de factores de desempate, solo el legislador puede pronunciarse. De aceptarse tal premisa tendría que, a su vez, admitirse que cualquier materia de la contratación estatal debe ser regulada en una ley,

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-570 del 6 de noviembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En relación, se reconoce que el propósito central de la providencia no consiste en definir la reserva de ley, pero teoriza al respecto, siendo una fuente relevante para considerar. (Esta posición fue reiterada en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 del 16 de julio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo).

desconociendo la libertad configurativa de las entidades estatales en los pliegos de condiciones, y la especialidad del reglamento.

Además, no debe olvidarse que antes de la Ley 2069 de 2020, esta materia estaba prevista, entre otras disposiciones, en el Decreto 1510 de 2013 –compilado en el Decreto 1082 de 2015–, y su validez normativa no fue discutida. En consecuencia, no se trata de una materia reservada a la ley. Sin embargo, se reconoce que el cambio de naturaleza jurídica de la norma que los contempla sí produce una alteración en el ordenamiento jurídico, en tanto se produce la denominada «congelación del rango», conocida como el fenómeno o la técnica con la cual una materia que, en principio, no tiene reserva de ley goza de la misma garantía democrática, justo cuando se expide una ley regulándola. De esta forma, la ley transforma la posibilidad de que fuentes de inferior jerarquía modifiquen lo señalado, lo amplíen o lo restrinjan. Esta materia se vuelve inaccesible para el reglamento, restringiéndole su campo de acción.

En esos términos, si se tiene en cuenta que anteriormente los «factores de desempate» estaban previstos en el artículo 33 del Decreto 1510 de 2013 –compilado en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015–, y que actualmente el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 derogó todas las disposiciones que le sean contrarias, es posible concluir que hubo una congelación del rango, por lo que el reglamento no podría crear nuevos factores de desempate, ni alterar los creados por el legislador. No obstante, esta postura debe matizarse, porque no existió una «congelación» absoluta: el artículo 35, parágrafo 3º, de la Ley 2069 de 2020 dispone 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 ese orden, si bien el ejecutivo no podría crear criterios de desempate, como anteriormente lo hacía, podrá modular la jerarquía entre los previstos en ese numeral.

En relación con la coexistencia de «factores de desempate», conviene analizar una problemática adicional. La Ley 2069 se expidió el 31 de diciembre de 2020; sin embargo, existen normas que crearon «factores de desempate», incluso en el mismo año, o de forma posterior. En el *primer* caso se encuentra el artículo 7, literal b), segundo inciso, de la Ley 2046 del 6 de agosto de 2020, que dispone que: «[...] el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compras públicas locales a pequeños productores agropecuarios y/o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria y sus organizaciones a que se comprometen será tenido en cuenta como *factor de desempate* entre propuestas que obtengan el mismo puntaje total de calificación». En esa medida se cuestiona si cuando el artículo 84 de la Ley 2069 estableció que se derogaban todas las normas que le fueran contrarias, incluyó también a esta; o si se solo se refirió a la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.1.2.2.9.

del Decreto 1082 de 2015, que contenía factores de desempate con un contenido similar.

Al respecto, aunque en un escenario extrajurídico no se encuentra fundamento para que el legislador justifique la necesidad de un reconocimiento – a título de incentivo, para los agricultores–, y que en menos de cuatro meses lo retire, sin evidenciar su ineficacia o su perjuicio, se reconoce que el artículo 84 de la Ley 2069 no distinguió normas, al regular las derogatorias. En esa medida, y pese a demostrar una técnica legislativa inconsciente, el «factor de desempate» creado en la Ley 2046 de 2020 fue derogado por los previstos en la Ley 2069 del mismo año. Lo anterior no obsta para reconocer que podría argumentarse un criterio de especialidad para sostener la vigencia de la norma; sin embargo, también debe admitirse que este varía dependiendo del elemento base para contrastar: si se asume que se trata de los *factores de desempate*, el artículo 35 de la Ley 2069 sería la norma especial, pero si se entiende que se priorizan los incentivos para los pequeños *productores locales agropecuarios* en el suministro y distribución de alimentos, se conservaría lo dispuesto en la Ley 2046 de 2020.

En el *segundo* caso –norma posterior– está la Ley 2232 del 7 de julio de 2022. El artículo 19, segundo inciso, dispone que: «Las entidades a las que se hace referencia en el presente artículo establecerán [...] que el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compra o de uso de insumas elaborado con los materiales anteriormente señalados será tenido en cuenta como *factor de desempate* entre propuestas que obtengan el mismo puntaje total de calificación». Nótese que la redacción de la norma es casi idéntica a la disposición de la Ley 2043 de 2020, referida a los productores agropecuarios; sin embargo, la consecuencia jurídica es opuesta. En este escenario, como se trata de una norma posterior, se considera que conserva su vigencia, sin alterarse por la legislación anterior. En esos términos, los factores de desempate, si bien continuarían establecidos en la ley, no se agotarían en el artículo 35 de la Ley 2069.

Ahora, lo anterior ofrece dos problemáticas: por un lado, se discute si el artículo 35 de la Ley 2232 –por la cual se establecen medidas tendientes a la reducción gradual de la producción y consumo de ciertos productos plásticos de un solo uso– tiene el mismo efecto que el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 –por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia– al establecer que deroga todas «las disposiciones que le sean contrarias». De otro modo, se inquiera en la posibilidad de que el artículo 35 de la Ley 2069, que dispone doce reglas de desempate, haya sido derogado por el artículo 19 de la Ley 2232, que definió un factor de desempate en específico, en materia de madera plástica, tal como ocurrió con el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020 –vigencias y derogatorias–, pero con respecto al artículo 7 de la Ley 2046 de 2020, que contiene el factor de

desempate para los pequeños productores locales y productores locales agropecuarios.

Aunque nuevamente se demuestra la falta de técnica legislativa, se considera que esta no fue la intención del legislador, y que el criterio de especialidad, quizá en este escenario, pueda resultar útil, en la medida en que se acepte que este factor de desempate se contempló como uno adicional a los existentes. Sin embargo, se reconoce que esta misma argumentación podría extenderse al factor de desempate del *primer caso*, para contradecir la derogatoria de la norma.

Como si no bastara, las problemáticas de este segundo escenario no se agotan allí. Si se asume que el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022⁶ contiene un factor de desempate que coexiste con los dispuestos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, surge la inquietud respecto de la jerarquía entre ellos, es decir, en relación con cuál se aplica de forma preferente. Aunque el artículo 35, parágrafo 3, de la Ley 2069 establece que el Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate cuando concurren, se limita a los allí previstos, de manera que no se extiende la potestad reglamentaria para decidir frente la eventual prevalencia de nuevos factores, provenientes de una disposición diferente. Sin perjuicio de la congelación del rango, se considera que la única alternativa, ante la dificultad que propician las leyes, es que el reglamento participe y lo resuelva, con fundamento en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución.

2. Aspectos prácticos de los «factores de desempate»: Decreto 092 de 2017, subsanabilidad y forma de acreditarlos

Entre las problemáticas prácticas, resaltan las siguientes: *i)* la aplicación de estos «factores de desempate» en los procedimientos de contratación regidos por el Decreto 092 de 2017, *ii)* la subsanabilidad de los medios que los acreditan y *iii)* los medios probatorios específicos para acreditar las circunstancias, según el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015, y la discrecionalidad de las entidades estatales.

En *primer lugar*, el artículo 35 de la Ley 2069 les aplica a todos los procedimientos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, incluyendo los celebrados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación y por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. En sentido similar, el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 se

⁶ Lo anterior, al margen de la discusión de si el artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 tiene vigencia propia o si se condicionó, por el parágrafo 1º, al reglamento del Gobierno Nacional.

aplica a las entidades estatales o a las privadas que manejen recursos públicos, que operen en el territorio nacional y que para cumplir sus objetivos adquieran bienes que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional. No obstante, recuérdese que la competencia para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad no proviene del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP–, sino del artículo 355 de la Constitución Política, y de la regulación que establezca el Gobierno nacional, de ahí que resulte cuestionable si los factores de desempate, creados en la ley, le sean aplicables, o si se requiere que se creen mediante reglamento.

Por un lado, podría considerarse que en virtud del artículo 8 del Decreto, y siempre y cuando no altere la evaluación de las ofertas en los procedimientos de selección dispuestos en los artículos 4 y 5 *ibidem*, los factores de desempate podrían aplicarse, al tratarse de normas generales aplicables a la contratación pública. Por otro lado, podría argumentarse que estos factores de desempate no se entienden, necesariamente, como normas *generales* aplicables a la contratación pública, tanto así que el criterio dispuesto en la Ley 2232 de 2022 solo les aplica a entidades que adquieran bienes o desarrollen obras que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional. Ahora, en esta ocasión, y considerando que ambas hipótesis son igualmente posibles, se reconoce la dificultad de acoger una posición.

En *segundo* lugar, se cuestiona si en un procedimiento de selección sería posible *subsanan* los medios que acreditan el supuesto base para que se aplique este beneficio, en caso de empate. Si bien no se trata, propiamente, de un factor que asigne puntaje, se considera que sí influye en su asignación, y que, en consecuencia, no puede ser subsanado. Para argumentar lo anterior se tendrá en cuenta que el artículo 5, parágrafo 1º, dispone que: [...] todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación [...]».

De otro modo, el factor de desempate, si bien no es un factor de calificación, influye en la asignación de puntaje, impidiéndose subsanarlo, pero sí aclararlo⁷. No obstante, se reconoce que, formalmente, el factor no está señalando

⁷ En relación con el régimen de la subsanabilidad, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 26 de febrero de 2014, consideró que: «[...]las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento

un puntaje, aunque materialmente lo haga, por lo que se considera un aspecto para considerar.

En *tercer lugar*, se destaca lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, en lo relacionado con los factores de desempate y la forma de acreditarlos. Como premisa general, se tiene que en los aspectos no regulados en el reglamento, le corresponderá a la entidad estatal establecer las formalidades que considere en el pliego de condiciones, de manera que si no se dispone una forma de acreditar un supuesto para beneficiarse del factor, deberá encontrarse el mecanismo en el pliego de condiciones.

Este artículo establece, entre otros aspectos, que: *i)* en el caso de las ofertas de bienes o servicios nacionales, el factor se acreditará con los mismos documentos que se presenten para obtener este puntaje o según lo defina la entidad. *ii)* Para las propuestas de la mujer cabeza de familia se requiere declaración ante notario, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo – artículo 2, parágrafo, de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008–; si se trata de una mujer víctima de violencia se acreditará con la medida de protección expedida por la autoridad competente, sin que puedan exigirse requisitos adicionales –artículo 21 de la Ley 1257 de 2008–; si es una persona jurídica conformada por estas personas, se presentará un certificado suscrito por el representante legal o el revisor fiscal. *iii)* Que por lo menos el 10% de la nómina sean personas con discapacidad, se acreditará con la certificación proferida por el Ministerio del Trabajo –artículo 24 de la Ley 361 de 1997–. *iv)* Si se trata de un proponente que vincule personas mayores que no sean beneficiarias de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad se requerirá que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, presente un certificado acreditando este hecho, bajo la gravedad de juramento. *v)* Cuando se trate de una propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el 10% de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitana, se acreditará en los mismos términos que el anterior. *vi)* Si se trata de personas naturales en proceso de reintegración o reincorporación, se requerirá copia de alguno de los siguientes documentos: la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz, el certificado que emita el Comité

la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 25.804. C.P. Enrique Gil Botero).

Operativo para la Dejeción de las Armas respecto de las personas desmovilizadas en forma individual, el certificado que emita la Agencia para la Reincorporación y la Normalización que acredite que la persona se encuentra en proceso de reincorporación o reintegración o cualquier otro certificado que para el efecto determine la Ley. *vi)* Si se trata de una madre cabeza de familia o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, se remite a los numerales anteriores, relacionados con estas personas. *viii)* y *ix)* cuando se prefiera la oferta presentada por una Mipyme, cooperativa o asociación mutual, se requerirá, en el primer caso, remitirse a los requisitos para participar en convocatorias limitadas a Mipymes, y en el segundo y tercero, aportar el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o la autoridad respectiva, *x)* si se trata de un persona natural o jurídica que hizo pagos por el 25 % del total a Mipyme, cooperativas o asociaciones mutuales, la persona natural y el contador público, o el representante legal de la persona jurídica y el revisor fiscal para las personas obligadas por ley, o el representante legal de la persona jurídica y el contador público, según corresponda, entregarán un certificado expedido bajo la gravedad de juramento. Y, finalmente, *xi)* cuando se trate de empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento Mipymes, se requerirá el certificado de existencia y representación legal en el que conste el cumplimiento a los requisitos del artículo 2 de la Ley 1901 de 2018.

Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-570 del 6 de noviembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 del 16 de julio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 25.804. C.P. Enrique Gil Botero.

Cibergrafía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 963 del 22 de septiembre de 2020.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 1334 del 18 de noviembre de 2020.