

FACTORES DE DESEMPATE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL¹

Catalina Lotero Valencia²

RESUMEN. La contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional, así como para promover la adquisición de bienes, productos y servicios por parte de las entidades del Estado. Estas finalidades bien pueden clasificarse en «políticas horizontales» —entendidas como el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal como instrumento, aun cuando no se trate del objetivo directo y principal de esta actividad administrativa— o en «incentivos» —entendidos como la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines—. Bajo esta lógica, el presente texto abordará la naturaleza, el desarrollo normativo y la acreditación de los criterios de desempate en la contratación estatal.

Introducción

Toda vez 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 estatal contratante. Así lo determina el primer inciso del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 tras indicar 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». La norma citada agrega que los factores de habilitación y calificación que establezcan las entidades estatales en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, así como otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

Desde esa perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios que son calificables 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

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 Richard Steve 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.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados los mismos.

En todo caso, ni siquiera los casos de empate pueden limitar el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal pues, por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse incólume tal postulado y, por ende, 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 que regulan esta materia, en la medida que los factores de desempate deben estar establecidos previamente y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección³. Bajo esta lógica, el presente texto abordará la naturaleza, el desarrollo normativo y la acreditación de los criterios de desempate en la contratación estatal, como pasará a verse.

1. Naturaleza, desarrollo normativo y acreditación de los criterios de desempate en la contratación estatal

De acuerdo con la Real Academia Española, «empate» significa «**1. m.** Acción y efecto de empatar»⁴; «empatar» significa «**1. tr.** Dicho de dos o más personas o grupos: Obtener un mismo número de puntos o de votos en una votación»⁵ o «[...] **2. tr.** Dicho de dos o más jugadores o equipos: Obtener igual puntuación en un enfrentamiento o una competición»⁶; mientras que «desempatar» significa «**1. tr.** Deshacer el empate en una votación o en una competición»⁷.

Aplicadas dichas definiciones en el ámbito del mercado de las compras públicas y, de acuerdo con la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, «[...] 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»⁸. Es decir, «[...] el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Exp. 31.918. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Empate. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/empate?m=form>

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Empatar. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/empatar?m=form>

⁶ Ibid.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Desempatar. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/desempatar?m=form>

⁸ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para el Manejo de los Incentivos en los Procesos de Contratación Pública. [Consultado el 23 de agosto de 2022]. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_manejo_incentivos.pdf

puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección»⁹.

Bajo esta lógica, los criterios de desempate, a nivel normativo, se introdujeron en el ordenamiento jurídico a partir de la reglamentación de la Ley 80 de 1993. Ni el Decreto 1670 de 1975, 150 de 1976, 222 de 1983, ni la propia Ley 80 regularon, expresamente, la materia. Fue apenas con el Decreto 2170 de 2002 que se preceptuó lo siguiente:

«Artículo 10. Contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia. Los pliegos de condiciones o términos de referencia que sirven de base para el desarrollo de los procesos de selección de contratación directa, deberán incluir como mínimo la siguiente información:

[...]

»5. Criterios de desempate.

[...]».

Luego, el Decreto 66 de 2008 y el Decreto 2474 de 2008 contemplaron, en igualdad de términos, que en lo concerniente al procedimiento de evaluación de las propuestas técnicas e informe de evaluación, los pliegos de condiciones debían establecer reglas de desempate claras y objetivas reservándose como última medida el de sorteos. Posteriormente, el Decreto 734 de 2012, en el artículo 4.2.5., dispuso que salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarían en los pliegos de condiciones los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes, a saber:

i) En caso de que se presentara igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarían los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persistía el empate, se entendería que las ofertas se encontraban en igualdad de condiciones.

ii) En caso de igualdad de condiciones, se preferiría la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

iii) Si se presentaba empate o este persistía y entre los empatados se encontraban Mipymes, se preferiría a la Mipyme nacional, fuera proponente

⁹ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-006 de 2021. [Consultado el 24 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-006%20de%202021>

singular o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

iv) Si no había lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encontraban consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tuviera participación al menos una Mipyme, esta se preferiría.

v) Si persistía el empate, se preferiría al proponente singular que acreditara tener vinculado laboralmente por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad y el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hubieran sido contratados con por lo menos un año de anterioridad y que certificara adicionalmente que mantendría dicho personal por un lapso igual al de la contratación.

vi) En caso de que no procediera la hipótesis anterior, y entre los proponentes se encontraran proponentes singulares o plurales conformados por consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura conformados con al menos un integrante que acreditara las circunstancias establecidas en la Ley 361 de 1997 referidas en el numeral anterior, sería preferido frente a los demás.

vii) si el empate se mantenía, debía procederse tal y como lo dispusieran los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios.

Finalmente, el Decreto 1082 de 2015, compilatorio del Decreto 1510 de 2013, estableció en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. que los pliegos de condiciones debían indicar los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar; para, posteriormente, regular en el entonces artículo 2.2.1.1.2.2.9. que en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la entidad estatal escogería al oferente que tuviera el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del proceso de contratación. Y, en caso de persistir el empate, se escogería al oferente que tuviera el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si aplicadas las anteriores reglas persistía el empate, respetando los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales, debían utilizarse las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido: *i)* preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros; *ii)* preferir las ofertas presentadas por una Mipyme nacional; *iii)* preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que estuviera conformado por al menos una

Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el 25%, la Mipyme aportara mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta o que ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura; *iv*) preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el 10% de su nómina estaba en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta era presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acreditara que el 10% de su nómina estaba en condición de discapacidad, debía tener una participación de por lo menos el 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; y *v*) utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del proceso de contratación.

Ahora bien, el 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069 «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». Acorde con el informe de ponencia para primer debate de dicho proyecto de ley, la iniciativa legislativa buscaba «[...] actualizar la normativa alrededor del emprendimiento con el fin de facilitar esta actividad económica en el país, mejorar las condiciones habilitantes fundamentales para el emprendimiento, promover la creación de empresas y facilitar el funcionamiento de las Mipymes»¹⁰ y, para ello, dentro de sus 5 ejes principales, la iniciativa contempló un eje referente al acceso a las compras públicas.

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. Dicho marco delineará un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esa finalidad, la ley: estableció medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas —Mipymes— mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas —véanse los artículos 2° al 29—; estableció incentivos a favor de las Mipymes dentro del sistema de compras y contratación pública —véanse los artículos 30 al 36—; consagró mecanismos de acceso al financiamiento —véanse los artículos 37 al 45—; unificó las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía —véanse los artículos 46 al 73—;

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso Senado y Cámara No. 963 del 22 de septiembre de 2020. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2020/gaceta_963.pdf

y previó medidas de educación para el emprendimiento y la innovación —véanse los artículos 74 al 83—.

Respecto a las normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento, en su Capítulo III, la ley estableció: *i)* reglas sobre la participación de las Mipymes en el procedimiento de mínima cuantía; *ii)* criterios diferenciales para las Mipymes en el sistema de compras públicas; *iii)* criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas; *iv)* promoción del acceso de las Mipymes al mercado de compras públicas; *v)* promoción del desarrollo en la contratación pública; *vi)* un nuevo régimen de factores de desempate; y *vii)* un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

En cuanto al nuevo régimen de factores de desempate regulado en el artículo 35 de la norma citada, se destaca que con la expedición del Decreto 1860 de 2021 se reglamentaron los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de dicha normativa; y, en consecuencia, en cuanto al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3° del Decreto 1860 de 2021 adicionó 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. Así, se tiene que:

i) El primer factor de desempate alude a que deberá preferirse la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros. Para su acreditación, deberán tenerse en cuenta las definiciones de que trata el artículo 2.2.1.1.1.3.1.¹¹, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.4.2.9. —dicha

¹¹ La norma, expresamente, prevé:

«Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[...]

»Bienes Nacionales: Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

[...]

»Servicios Nacionales: En los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un

norma alude al puntaje para la promoción de la industria nacional en los procesos de contratación de servicios— del Decreto 1082 de 2015.

Para acreditar este factor de desempate, en los procesos en los que aplique el puntaje previsto en el inciso 1°, del artículo 2° de la Ley 816 de 2003 —esto es, cuando las entidades de la Administración Pública asignen dentro de los criterios de calificación de las propuestas un puntaje comprendido entre el 10 y 20% para estimular la industria colombiana, cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales—, el requisito se cumplirá en los mismos términos establecidos en los artículos del Decreto 1082 de 2015 indicados previamente y, por lo tanto, este criterio de desempate se acreditará con los mismos documentos que se presenten para obtener dicho puntaje.

En todo caso, en los procesos donde no aplique el referido puntaje, la entidad estatal deberá definir en el pliego de condiciones, invitación o documento equivalente, las condiciones y los documentos con los que se acreditará el origen nacional del bien o servicio a efectos aplicar este factor, los cuales deberán cumplir con los elementos de la noción de servicio nacional establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como los lineamientos prescritos en el artículo 2.2.1.2.4.2.9 —solo que el efecto de acreditar dichas circunstancias consistirá en beneficiarse de este criterio de desempate en lugar de obtener puntaje—.

ii) El segundo factor de desempate consiste en preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de 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 o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda.

»En los contratos que no deban cumplirse en Colombia, que sean prestados en el extranjero y estén sometidos a la legislación colombiana, un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano.

»Los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista».

Para acreditarlo deberá tenerse presente: en el evento de *mujeres cabeza de familia*, lo regulado en el párrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, que preceptúa que «[...] 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»; y en el evento de *mujeres víctima de violencia intrafamiliar*, lo regulado en el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008 que señala que «[...] 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». Acorde con el artículo 16 *ibidem*, la autoridad competente es el comisario de familia del lugar donde ocurrieren 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 de esta naturaleza.

Tratándose de personas jurídicas, se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado mediante el cual acredite, bajo la gravedad de juramento, que más del 50 % de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Y, para ello, 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 lo ya señalado.

iii) El tercer factor de desempate alude a que se preferirá la propuesta presentada por el oferente que acredite que por lo menos el 10% de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. En el evento en que la oferta sea presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el 10% de su nómina está en condición de discapacidad, debe tener una participación de por lo menos el 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta.

Para acreditar este factor de desempate se tendrá en cuenta: lo regulado en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997; que las personas en condición de discapacidad estén debidamente certificadas por la oficina del Ministerio del Trabajo de la respectiva zona; que las personas hayan sido contratadas con por lo menos un año de anterioridad a la fecha de cierre del proceso de contratación o desde el momento de la constitución de la persona jurídica cuando esta es inferior a un año —el tiempo de vinculación en la planta referida se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un año, en el que se demuestren los pagos realizados

por el empleador—; que manifieste adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al término de ejecución del contrato.

En el evento en que la oferta sea presentada por un proponente plural, el integrante que acredite que el 10% de su nómina está en condición de discapacidad, debe tener una participación de por lo menos el 25% en la estructura plural y aportar como mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta.

iv) El cuarto factor de desempate consiste en 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. La acreditación de este criterio consiste en que 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; además, se deberá allegar el documento de identificación del trabajador que lo firma.

Debe tenerse presente que 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 año contado a partir de la fecha del cierre del proceso y, para los casos de constitución inferior a un año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de la constitución de la persona jurídica.

En el caso de los proponentes plurales, se destaca que el representante legal debe acreditar 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.

v) El quinto factor de desempate alude a que se preferirá 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. La acreditación de este criterio consiste en que la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento, señalará las personas vinculadas a su nómina y el número de identificación y nombre de las personas que pertenecen a alguna de estas poblaciones. Además, deberá aportarse la copia de la certificación expedida por el Ministerio del Interior en la cual acredite que el trabajador pertenece a la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, en los términos

del Decreto Ley 2893 de 2011 o la norma que lo modifique, sustituya o complemente.

En todo caso, solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellas personas que hayan estado vinculadas con una anterioridad igual o mayor a un año contado a partir de la fecha del cierre del proceso; para los casos de constitución inferior a un año, se tendrá en cuenta a aquellos que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la persona jurídica. El tiempo de vinculación en la planta referida se acreditará con el certificado de aportes a seguridad social del último año o del tiempo de su constitución cuando su conformación es inferior a un año, en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

vi) El sexto factor de desempate consiste en preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

Para su acreditación deberá tenerse presente: la certificación en las desmovilizaciones colectivas que expida la Oficina de Alto Comisionado para la Paz; el certificado que emita el Comité Operativo para la Dejación 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. Además, se entregará copia del documento de identificación de la persona en proceso de reintegración o reincorporación.

En el caso de las personas jurídicas, el representante legal o el revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, entregará un certificado mediante el cual acredite bajo la gravedad de juramento que más del 50% de la composición accionaria o cuotas partes de la persona jurídica está constituida por personas en proceso de reintegración o reincorporación. Para ello, deberá aportar alguno de los certificados ya mencionados, junto con los documentos de identificación de cada una de las personas que está en proceso de reincorporación o reintegración.

vii) El séptimo factor de desempate alude a que se preferirá la oferta presentada por un proponente plural siempre que: esté conformado por al menos una madre cabeza de familia o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente y que tenga una participación de por lo menos el 25% en el proponente plural; la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; o que ni la madre cabeza de familia o persona

en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

La acreditación de este criterio consiste en que: respecto a la calidad de madre cabeza de familia o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, deberá tenerse presente lo ya indicado para este grupo de personas. En el evento en que sea una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente madres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración, el representante legal o el revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, presentará un certificado mediante el cual acredite, bajo la gravedad de juramento, que más del 50% de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por madres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración.

Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las personas que participen en la sociedad que sean mujeres cabeza de familia o personas en proceso de reincorporación o reintegración, aportando los documentos de cada uno de ellos. Este integrante debe tener una participación de por lo menos el 25% en el proponente plural.

viii) El octavo factor de desempate consiste en preferir la propuesta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales. La acreditación de este criterio consiste en que: se verificarán los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.4¹² del Decreto 1860 de 2021, en concordancia con el parágrafo del artículo 2.2.1.13.2.4¹³ del Decreto 1074 de 2015.

¹² La norma, expresamente, prevé:
«Artículo 2.2.1.2.4.2.4. Acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas. La Mipyme colombianas deben acreditar que tiene el tamaño empresarial establecido por la ley de la siguiente manera:

»1. Las personas naturales mediante certificación expedida por ellos y un contador público, adjuntando copia del registro mercantil.

»2. Las personas jurídicas mediante certificación expedida por el representante legal y el contador o revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, adjuntando copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad competente para expedir dicha certificación.

»Para la acreditación deberán observarse los rangos de clasificación empresarial establecidos de conformidad con la Ley 590 de 2000 y el Decreto 1074 de 2015, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen. [...]».

¹³ La norma, expresamente, prevé:
«[...] PARÁGRAFO. Para la aplicación de los incentivos del sistema de compras y contratación pública, la acreditación del tamaño empresarial se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo aclaren, modifiquen o adicione».

Asimismo, se preferirá la oferta presentada por una cooperativa o asociación mutua, para lo cual se aportará el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o la autoridad respectiva. En el caso específico en que el empate se presente entre cooperativas o asociaciones mutuales que tengan el tamaño empresarial de grandes empresas junto con micro, pequeñas o medianas, se preferirá la oferta las cooperativas o asociaciones mutuales que cumplan con los criterios de clasificación empresarial definidos por el Decreto 1074 de 2015, que sean micro, pequeñas o medianas.

ix) El noveno factor de desempate alude a que se preferirá la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales. La acreditación de este criterio consiste en que la condición de micro o pequeña empresa se verificará en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1860 de 2021 al que ya se aludió, en concordancia con el parágrafo del artículo 2.2.1.13.2.4 del Decreto 1074 de 2015.

La condición de cooperativa o asociación mutua se acreditará con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o la autoridad respectiva. En el evento en que el empate se presente entre proponentes plurales cuyos integrantes estén conformados únicamente por cooperativas y asociaciones mutuales que tengan la calidad de grandes empresas junto con otras en las que los integrantes tengan la calidad de micro, pequeñas o medianas, se preferirá la oferta de aquellos proponentes plurales en los cuales al menos uno de sus integrantes sea una cooperativa o asociación mutua que cumpla con los criterios de clasificación empresarial definidos por el Decreto 1074 de 2015, que sean micro, pequeñas o medianas.

x) El décimo factor de desempate consiste en preferir al oferente que acredite, de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el 25% del total de pagos realizados a Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o la oferta presentada por un proponente plural siempre que: esté conformado por al menos una Mipyme, cooperativa o asociación mutua que tenga una participación de por lo menos el 25%; la Mipyme, cooperativa o asociación mutua aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; o que ni la Mipyme, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

La acreditación de este criterio consiste en que respecto a los estados financieros o información contable, la persona natural y contador público o el representante legal de la persona jurídica y revisor fiscal para las personas obligadas por ley; o el representante legal de la persona jurídica y contador público, según corresponda, entregará un certificado expedido bajo la gravedad de

juramento, en el que conste que por lo menos el 25% del total de pagos fueron realizados a Mipyme, cooperativas o asociaciones mutuales.

Igualmente, cuando la oferta es presentada por un proponente plural se preferirá a este siempre que: esté conformado por al menos una Mipyme, cooperativa o asociación mutua que tenga una participación de por lo menos el 25% en el proponente plural, para lo cual se presentará el documento de conformación del proponente plural y, además, ese integrante acredite la condición de Mipyme, cooperativa o asociación mutua en los términos ya explicados en el factor de desempate número 8; la Mipyme, cooperativa o asociación mutua aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; o que ni la Mipyme, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los otros integrantes del proponente plural, para lo cual el integrante respectivo lo manifestará mediante un certificado suscrito por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica.

xi) El undécimo factor de desempate alude a que se preferirán las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento Mipymes. La acreditación de este criterio consiste en que se presentará 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, o la norma que la modifique o la sustituya. Asimismo, acreditará la condición de Mipyme en los términos ya explicados en el factor de desempate número 8. Tratándose de proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite las condiciones señaladas en el inciso anterior de este numeral.

Y *xii)* el duodécimo factor de desempate consiste en utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los documentos del proceso.

Finalmente, se aclara que los factores de desempate deben aplicarse en armonía con los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia. De esta manera, en el evento en que el empate se presente entre ofertas cubiertas por un Acuerdo Comercial, se aplicarán los factores de desempate que sean compatibles con los mencionados Acuerdos. En todo caso, si el empate entre las propuestas se presenta con un proponente, bien o servicio extranjero cuyo país de origen no tiene Acuerdo Comercial con Colombia, ni trato nacional por reciprocidad o con ocasión de la normativa comunitaria, se dará aplicación a todos los criterios de desempate previstos en la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021.

Bibliografía

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-006 de 2021. [Consultado el 24 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-006%20de%202021>

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para el Manejo de los Incentivos en los Procesos de Contratación Pública. [Consultado el 23 de agosto de 2022]. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_manejo_incentivos.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso Senado y Cámara No. 963 del 22 de septiembre de 2020. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2020/gaceta_963.pdf

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Empatar. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/empatar?m=form>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Empate. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/empate?m=form>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Desempatar. [Consultado el 22 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/desempatar?m=form>

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Exp. 31.918. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.