

FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la escogencia del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. Además, la norma citada agrega que los factores de habilitación y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

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

[...] el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021.

VIGENCIA JURÍDICA INDEPENDIENTE – Art. 67 de la Ley 915 de 2004 – Art. 35 de la Ley 2069 de 2020

Como el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 no ha sido objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con fundamento en la competencia del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, estandarizó la aplicación del artículo en comento en los “Documentos Tipo – Versión 3” de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. De esta manera, conforme al capítulo IV del pliego de condiciones, establece un criterio de evaluación en los contratos cuyo objeto deba ejecutarse en el Archipiélago, de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por el cual a los proponentes que acrediten la Tarjeta de Circulación y Residencia – OCCRE – se les asignará 5 puntos. Como se observa, de este entendimiento no se depende un factor de desempate que sea incompatible con los criterios del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento.

En este contexto, el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 constituye una medida especial para promover la participación real y efectiva de los habitantes del territorio insular, raizales y residentes, en los procesos de licitación pública, cuyo objeto se deba ejecutar en el



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Archipiélago, que constituye un factor ponderable obligatorio dentro de los procesos de selección de contratistas adelantados únicamente bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el territorio insular. En este contexto, es una regla especial que no fue establecida propiamente como un factor de desempate, puesto que es una circunstancia objeto de evaluación aplicable exclusivamente a los procesos de selección de contratistas, tramitados bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el Archipiélago.

Por el contrario, el artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 es un factor de desempate y, por ende, una regla de naturaleza distinta a la contenida en el artículo 67 de la ley 915 de 2004, aplicable a todos los procesos de contratación adelantados en el territorio nacional, independientemente de modalidad de selección. En consecuencia, dada la naturaleza jurídica distinta de ambas normas, la entrada en vigencia del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no afecta la vigencia del artículo 67 de la Ley 915 de 2004.

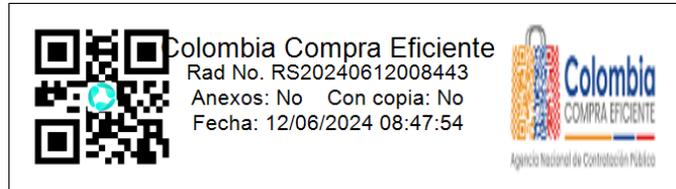


Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Bogotá D.C., 12 de Junio de 2024



Señora
Hillary Yohanna Rodríguez Martínez
San Andrés Islas

Concepto C – 103 de 2024

Temas: FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Reglamentación – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia / VIGENCIA JURÍDICA INDEPENDIENTE – Art. 67 de la Ley 915 de 2004 – Art. 35 de la Ley 2069 de 2020

Radicación: Respuesta a la consulta P20240516005099

Respetada señora Rodríguez Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la petición radicada el 16 de mayo de 2024.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) “Con la expedición de la ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021, se entiende derogado el artículo 67 de la ley 915 de 2004?”, ii) “En qué se diferencian los criterios de desempate con la orden del artículo 67 de la ley 915 de 2004?”, iii) “La aplicación de la ley 915 de 2004 es discrecionalidad de las Entidades estatales?” y iv) “En los pliegos tipo se sugiere una asignación de 5 puntos a la tarjeta de residencia OCCRE en aplicación del artículo



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

67 de la ley 915 de 2004, este puntaje puede aplicarse en otros procesos de selección?”.

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Para estos efectos, se analizarán los siguientes temas: i) factores de desempate en la contratación estatal; ii) ámbito de aplicación, vigencia y reglamentación de la Ley 2069 de 2020; y iii) vigencia jurídica independiente del artículo 67 de la ley 915 de 2004 respecto a los factores de desempate de artículo 35 de la ley 2069 de 2020.

Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 del 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-320 del 1 de julio de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-444 del 23 de julio de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 del 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-617 del 6 de diciembre de 2021, C-584 del 13 de diciembre de 2021, C-689 del 5 de enero de 2022, C-741 del 1 de febrero de 2022, C-750 del 4 de febrero de 2022, C-322 del 20 de mayo de 2022, C-468 del 22 de julio de 2022, C-070 del 28 de mayo de 2024, entre otros¹. Especialmente, la Agencia la relación entre los factores de desempate con el artículo 67 de la ley 915 de 2004 en el Concepto C-414 del 10 de octubre de 2023. Las consideraciones de este último concepto se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

¹ Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



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

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la escogencia del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. Además, la norma citada agrega que los factores de habilitación y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección².

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 población³. Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del “Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación”.

2.2. **Ámbito de aplicación, vigencia y reglamentación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expidiera el decreto correspondiente que permitiera la cumplida ejecución de esta Ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

En cuanto al contenido de la Ley 2069 de 2020, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas⁴, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁵. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁶, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁷ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁸.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno nacional podrá regular los supuestos en que concurren dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requería de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste de importancia, porque algunos enunciados normativos de la ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en ella.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que “Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas

⁴ Artículos 2 al 29.

⁵ Artículos 30 al 36.

⁶ Artículos 37 al 45.

⁷ Artículos 46 al 73.

⁸ Artículos 74 al 83.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional". En un sentido similar, el párrafo segundo del mismo artículo expresa que "La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. [...]".

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse "[...] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes" –según lo dispone el inciso primero–, el párrafo tercero del mencionado artículo establece que "El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos". En otras palabras, sin perjuicio de la competencia general prevista en el artículo 189.11 de Constitución Política de 1991, este párrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

Lo explicado en los párrafos precedentes es importante, porque el 24 de diciembre de 2021, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860, "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones". Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021⁹.

En lo relativo al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.17. a la Subsección 2 de la Sección 4

⁹ Decreto 1860 de 2021. "Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento".



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

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

Por último, debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 es regulada por su artículo 8, el cual establece que "Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición". De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho término¹⁰.

2.3. Factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento en relación con el artículo 67 de la ley 915 de 2004: vigencia independiente de ambas disposiciones

¹⁰ Decreto 1860 de 2021. "Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14., 2.2.1.2.4.2.15., 2.2.1.2.4.2.16., 2.2.1.2.4.2.17. y 2.2.1.2.4.2.18.; adiciona un párrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Parágrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

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



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

El artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 establece un criterio de desempate que constituye una medida afirmativa para las comunidades étnicas del país. Por ello dispone, "Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas" (Énfasis fuera de texto). Como la norma alude a la comunidad raizal, surge el interrogante sobre la vigencia del artículo 67 de la Ley 915 de la Ley 2004 con posterioridad a la Ley de Emprendimiento.

Para estos efectos, es necesario tener en cuenta que el artículo 310 de la Constitución Política dispone que "El Departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá normas especiales que, en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico, establezca el legislador [...]". Asimismo, prescribe que, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada Cámara, podrá limitarse el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad poblacional, entre otras medidas.

A su vez, el artículo 42 transitorio constitucional estableció que el Gobierno Nacional podría expedir la reglamentación es necesarias para controlar la densidad de la población en el archipiélago mediante decreto, mientras el Congreso expide las leyes de que trata el precitado artículo 310 superior. De esta forma, mediante el Decreto 2762 de 1991 se adoptaron medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Particularmente, el artículo 22 creó la Oficina de Control de Circulación y Residencia –OCCRE– como un órgano de la administración del Departamento de San Andrés y Providencia, cuyo propósito es cumplir las disposiciones contenidas en el reglamento mencionado.

Por su parte, el Congreso de la República expidió la Ley 915 de 2004, "Por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina". El artículo 67 dispone que "*En las licitaciones de contratos cuyo objeto deba ser desarrollado en el territorio del departamento Archipiélago, las entidades licitantes propenderán por una participación real y efectiva de los raizales y residentes, valorando esta circunstancia. En igualdad de condiciones se preferirá a los raizales y residentes del departamento Archipiélago*" (Énfasis fuera de texto).



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Este artículo constituye una norma especial frente al artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020, pues hace parte del estatuto fronterizo del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Debe tenerse en cuenta que el ámbito territorial del artículo 67 de la Ley 915 de la Ley 2004 se circunscribe exclusivamente al departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mientras que los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento aplican para todo el territorio nacional.

Asimismo, los factores de desempate contenidos del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a todos los procesos de contratación adelantados el territorio nacional, con independencia de la modalidad de selección. Por su parte, la regla contenida en el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 se limita a los procesos de licitación pública. De esta manera, no es aplicable en los demás procedimientos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 como la selección abreviada, los concursos de méritos, la mínima cuantía y la contratación directa¹¹.

Además, debe tenerse en cuenta que los sujetos de que trata el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 corresponde a raizales y residentes del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, cuya definición se encuentra desarrollada con claridad en el Decreto 2762 de 1991. Por el contrario, el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 es más amplio, porque se circunscribe a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

Finalmente, el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 estableció que basta con la participación efectiva de miembros de la raizal o de residentes en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para que pueda valorarse esta circunstancia dentro del proceso de licitación pública. En contraste, el artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 establece que un tope mínimo del 10% de la nómina del proponente sea raizal, para que se tenga como factor de desempate en cualquiera de las modalidades de selección adelantadas en el territorio nacional.

¹¹ Esto sin perjuicio de que, tratándose de la contratación adelantada en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por modalidad distinta a la licitación pública, existan otras medidas de acción afirmativa en favor de la comunidad raizal. Por ejemplo, es posible implementar factores de evaluación que permitan ponderar la relación calidad-precio a partir de criterios sociales dirigidos a generar la inserción sociolaboral de población raizal, lo cual se encuentra permitido en el parágrafo del artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Otro ejemplo es la posibilidad de adelantar convocatorias limitadas a mipymes con domicilio dentro el archipiélago, para los contratos que deban ejecutarse allí. También es posible aplicar cláusulas sociales que promuevan la contratación de población raizal en determinadas condiciones determinadas en la propia minuta del contrato.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Como el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 no ha sido objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con fundamento en la competencia del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, estandarizó la aplicación del artículo en comento en los “Documentos Tipo – Versión 3” de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. De esta manera, conforme al capítulo IV del pliego de condiciones, establece un criterio de evaluación en los contratos cuyo objeto deba ejecutarse en el Archipiélago, de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por el cual a los proponentes que acrediten la Tarjeta de Circulación y Residencia – OCCRE – se les asignará 5 puntos. Como se observa, de este entendimiento no se desprende un factor de desempate que sea incompatible con los criterios del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento.

En conclusión, el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 constituye, como se explicó *ut supra*, una medida especial para promover la participación real y efectiva de los habitantes del territorio insular, raizales y residentes, en los procesos de licitación pública, cuyo objeto se deba ejecutar en el Archipiélago, que constituye un factor ponderable obligatorio dentro de los procesos de selección de contratistas adelantados únicamente bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el territorio insular. De esta manera, es una regla especial que no fue establecida propiamente como un factor de desempate, puesto que es una circunstancia objeto de evaluación aplicable exclusivamente a los procesos de selección de contratistas, tramitados bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el Archipiélago.

Por el contrario, el artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 es un factor de desempate y, por ende, una regla de naturaleza distinta a la contenida en el artículo 67 de la ley 915 de 2004, aplicable a todos los procesos de contratación adelantados en el territorio nacional, independientemente de modalidad de selección. En consecuencia, dada la naturaleza jurídica distinta de ambas normas, la entrada en vigencia del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no afecta la vigencia del artículo 67 de la Ley 915 de 2004.

3. Respuesta

- i) “Con la expedición de la ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021, se entiende derogado el artículo 67 de la ley 915 de 2004?”.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

- ii) “En qué se diferencian los criterios de desempate con la orden del artículo 67 de la ley 915 de 2004?”.
- iii) “La aplicación de la ley 915 de 2004 es discrecionalidad de las Entidades estatales?”.
- iv) “En los pliegos tipo se sugiere una asignación de 5 puntos a la tarjeta de residencia OCCRE en aplicación del artículo 67 de la ley 915 de 2004, este puntaje puede aplicarse en otros procesos de selección?”.

Como el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 no ha sido objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con fundamento en la competencia del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, estandarizó la aplicación del artículo en comento en los “Documentos Tipo – Versión 3” de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. De esta manera, conforme al capítulo IV del pliego de condiciones, establece un criterio de evaluación en los contratos cuyo objeto deba ejecutarse en el Archipiélago, de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por el cual a los proponentes que acrediten la Tarjeta de Circulación y Residencia – OCCRE – se les asignará 5 puntos. Como se observa, de este entendimiento no se depende un factor de desempate que sea incompatible con los criterios del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento.

En este contexto, el artículo 67 de la Ley 915 de 2004 constituye una medida especial para promover la participación real y efectiva de los habitantes del territorio insular, raizales y residentes, en los procesos de licitación pública, cuyo objeto se deba ejecutar en el Archipiélago, que constituye un factor ponderable obligatorio dentro de los procesos de selección de contratistas adelantados únicamente bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el territorio insular. De esta manera, es una regla especial que no fue establecida propiamente como un factor de desempate, puesto que es una circunstancia objeto de evaluación aplicable exclusivamente a los procesos de selección de contratistas, tramitados bajo la modalidad de licitación pública, cuyo objeto contractual deba desarrollarse en el Archipiélago.

Por el contrario, el artículo 35.5 de la Ley 2069 de 2020 es un factor de desempate y, por ende, una regla de naturaleza distinta a la contenida en el artículo 67 de la ley 915 de 2004, aplicable a todos los procesos de contratación adelantados en el territorio nacional, independientemente de modalidad de selección. En consecuencia, dada la naturaleza jurídica distinta de ambas normas, la entrada en vigencia del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no afecta la



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

vigencia del artículo 67 de la Ley 915 de 2004.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO