**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad**

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.  En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como lo dispone su artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres**

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública.  […] De esta manera, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales»– aplican a «[…] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos […]», excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Asimismo, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Decreto 1860 de 2021**

[…] el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el parágrafo dispone que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres está condicionada por el ejercicio de potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las Entidades Estatales deben aplicar los criterios diferenciales del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.  […] En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 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. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación.

**DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Numeral 3 – Persona natural**

Teniendo en cuenta el objeto de la presente consulta, resulta relevante el análisis del numeral tercero del artículo antes citado, según el cual tratándose de personas naturales debe cumplirse con las siguientes condiciones para ser consideradas emprendimientos y empresas de mujeres y, en consecuencia, ser destinatarias de los criterios diferenciales de que trata el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento: (i) que la persona natural sea una mujer; (ii) que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio; (iii) que haya ejercido esas actividades durante al menos el último año anterior a la fecha del cierre del proceso de selección. Adicionalmente, la misma disposición señala que la acreditación de dichas circunstancias deberá realizarse mediante la copia de la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil. Lo anterior quiere decir que, no basta con que la persona natural sea mujer para ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres, sino que además es necesario que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y que esa circunstancia se haya mantenido como mínimo durante un periodo de un año contado a partir de la fecha del cierre del proceso de selección. De esta manera, el criterio definido en el numeral tercero del artículo 3 antes citado deja por fuera a aquellas mujeres que no hayan ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y/o que no cumplan con el requerimiento del tiempo mínimo de un año de ejercicio de las actividades.

**DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Numeral 3 – Persona natural – Registro Mercantil**

Ahora bien, frente al requisito del registro mercantil, el artículo 26 del Código de Comercio dispone que «el registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad». Asimismo, los numerales 6 y 33 del artículo 28 ibidem señalan que cuando un empresario abre su establecimiento de comercio debe cumplir con el deber profesional de matricularlo en el registro mercantil dentro del mes siguiente a su apertura y la información de dicha matricula debe actualizarse periódicamente mediante la renovación anual dentro de los tres (3) primeros meses de cada año.

De esta manera, se concluye que el numeral tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto del Decreto 1860 de 2022– para definir los emprendimientos y empresas de mujeres, en el caso de las personas naturales, parte del ejercicio de una actividad comercial y, de acuerdo con el análisis normativo realizado, esta se desarrolla a través de un establecimiento de comercio, el cual debe estar matriculado en el registro mercantil. Así las cosas, es necesario que la persona natural que realiza actividades de comercio lo haga a través de un establecimiento, y que lo acredite por medio del registro de acuerdo con lo dispuesto no solo en el Decreto 1820 de 2022 sino también por la ley comercial. […] Las personas naturales que no cuenten con registro mercantil, mediante el cual se acredita que han ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio, aun cuando acrediten su condición de mujer mediante copia de la cedula de ciudadanía, cedula de extranjería o el pasaporte, no cumplirían con los requisitos establecidos en la definición de emprendimientos y empresas de mujeres que consagra el Decreto 1860 de 2021 para efectos de la aplicación de los criterios diferenciales establecidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015.

**CCE-DES-FM-17**

****

Bogotá D.C.,

Señor

**Johnatan Martínez**

Villavicencio, Meta

 **Concepto C – 631 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad – Artículo 32 – Criterios diferenciales – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Decreto 1860 de 2021 – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Numeral 3 – Persona natural – Registro Mercantil |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220819008242  |

Estimado Señor 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 consulta radicada el 19 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

«*Buen día, para obtener el puntaje por emprendimientos y empresas de mujeres artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015 en el numeral 3 cita "Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil", de lo cual me surge la siguiente pregunta: ¿para determinar el tiempo de al menos el ultimo año se tomaría la fecha de inscripción en el registro mercantil, se este tiempo de al menos el ultimo año se puede demostrar con la inscripción en el Registro Único de Proponentes?; me surge la duda porque existe el caso de mujeres ingenieras que esta inscritas en el RUP mas no tienen registro mercantil ya que este ultimo no es una obligación para el hecho de contratar.*».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; y ii) régimen jurídico de los requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-326 del 18/05/2022, C-347 del 09/06/2022, C-386 del 15/06/2022, C-399 del 21/06/2022, C-476 del 21/06/2022, C-509 del 8/08/2022, C-528 del 17/08/2022, C-533 del 25/08/2022 y C-587 de 21/09/2022, analizó los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. Vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales 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*», momento en el que entró en vigor de acuerdo con su artículo 84 al establecer que «*La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación* […]».

En cuanto a su contenido, de acuerdo con su artículo 1, «*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*»[[1]](#footnote-1). Esto, a partir de «[…] *un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región*». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –MiPymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[2]](#footnote-2), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[3]](#footnote-3). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[4]](#footnote-4), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[5]](#footnote-5) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[6]](#footnote-6).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 de 2020 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal con el fin de 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.

Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 31 y 32, los cuales crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. El artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las MiPymes al sistema de compras y contratación pública estableciendo que «*Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector* *podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas*»[[7]](#footnote-7).

De manera que el inciso segundo y el parágrafo del mencionado artículo establece que «*El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas* [relacionadas con «requisitos diferenciales» y «puntajes adicionales»] *que podrán implementar las Entidades Estatales*» (corchetes fuera de texto) y que «*Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados*». De lo cual se entiende que estas normas requieren el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[8]](#footnote-8) regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

*«De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de* *licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor».*

En consecuencia, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales»– aplican a «[…] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos […]», excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Asimismo, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior, al establecer en el parágrafo que «*La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional*». En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres está condicionada por el ejercicio de la potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las Entidades Estatales deben aplicar los criterios diferenciales del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

En este contexto, 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[[9]](#footnote-9).

En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, encontramos el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 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. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación.

Ahora bien, para aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto 1860 de 2021, el artículo 8 de dicho cuerpo normativo indicó el momento a partir del cual sus disposiciones surtirían efectos[[10]](#footnote-10). De esta forma, se estableció que estas normas aplicarán a los procesos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente –según corresponda–, se publique después de los tres (3) meses de su expedición, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente[[11]](#footnote-11).

**2.2. Régimen jurídico de los requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres**

Los *requisitos habilitantes* se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas ya sea (i) en disposiciones normativas, bien sean de carácter legal o reglamentario-; o (ii) en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la cual los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto. Quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección y, por ende, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

 En ese sentido, si bien la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes –la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización–, estos no son taxativos. Corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional[[12]](#footnote-12).

 El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.2 reglamenta los requisitos habilitantes, estableciendo que estos deben ser señalados en los pliegos de condiciones o en la invitación[[13]](#footnote-13), y que la determinación de estos debe ser realizada en función de criterios como el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. En ese sentido, las entidades estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del proceso de contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual.

 Ahora bien, conforme se viene explicando, los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2021 introducen la posibilidad en cabeza de las entidades estatales de incluir requisitos diferenciales y puntajes adicionales para Mipymes y para emprendimientos y empresas de mujeres. Lo anterior, tanto en procesos de licitación pública, como de selección abreviada de menor cuantía, concurso de méritos y procesos competitivos que adelanten las entidades estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello constituye una medida afirmativa que pretende incentivar la participación de estos sujetos en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

 En razón de lo anterior, pese a que la selección objetiva -que es uno de los deberes medulares de la contratación estatal- implica que la selección del contratista no atienda a razones subjetivas, nuestro ordenamiento jurídico permite que la selección del contratista se realice acudiendo a factores habilitantes y de calificación diferenciales de los participantes fijados en los pliegos de condiciones. Esto permite fomentar o facilitar el acceso a las compras públicas de sujetos de menor capacidad en el mercado, como es el caso de los emprendimientos y empresas de mujeres, y de las MiPymes. Lo anterior, siempre y cuando el uso de estas medidas afirmativas resulte justificado y no ponga en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato, según el análisis del sector y los estudios previos que soporten el proceso contractual.

 De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1860 de 2021 -que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.1416 al Decreto 1082 de 2015- existen unas condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los empresas y emprendimientos de mujeres a las que les aplican los criterios diferenciales. Se considerarán emprendimientos o empresas de mujeres las personas jurídicas o naturales que cumplan alguno de los cuatro supuestos:

«Artículo 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. Con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. (…)

2. Cuando por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres y éstas hayan estado vinculadas laboralmente a la empresa durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección en el mismo cargo u otro del mismo nivel. (…)

*3. Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.*

4. Para las asociaciones y cooperativas, cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados sean mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal. (…)» (énfasis fuera del texto original)

 Teniendo en cuenta el objeto de la presente consulta, resulta relevante el análisis del numeral tercero del artículo antes citado, según el cual tratándose de personas naturales debe cumplirse con las siguientes condiciones para ser consideradas emprendimientos y empresas de mujeres y, en consecuencia, ser destinatarias de los criterios diferenciales de que trata el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento: (i) que la persona natural sea una mujer; (ii) que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio; (iii) que haya ejercido esas actividades durante al menos el último año anterior a la fecha del cierre del proceso de selección. Adicionalmente, la misma disposición señala que la acreditación de dichas circunstancias deberá realizarse mediante la copia de la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.

 Lo anterior quiere decir que, no basta con que la persona natural sea mujer para ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres, sino que además es necesario que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y que esa circunstancia se haya mantenido como mínimo durante un periodo de un año contado a partir de la fecha del cierre del proceso de selección. De esta manera, el criterio definido en el numeral tercero del artículo 3 antes citado deja por fuera a aquellas mujeres que no hayan ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y/o que no cumplan con el requerimiento del tiempo mínimo de un año de ejercicio de las actividades.

 Dado que una de las condiciones para ser considerada emprendimiento y empresa de mujeres está relacionada con que la persona natural haya ejercido actividades comerciales a través de establecimiento de comercio, para efectos de la consulta, es indispensable referirse a qué se entiende por actividad comercial y el desarrollo de la misma a través de un establecimiento de comercio.

 Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que la ley colombiana no consagra una definición de actos de comercio, sino que incorpora un listado de actos y actividades considerados como mercantiles en el artículo 20 del Código de Comercio que incluye una gama muy variada de operaciones usuales en la vida de los negocios, no taxativas. Así las cosas, no se define estáticamente el acto de comercio, permitiendo mediante la analogía realizar la ampliación dinámica del derecho mercantil facilitando su adaptación a un cambiante mundo de negocios. Adicionalmente, la ley provee un criterio auxiliar que permite ampliar la cobertura del derecho comercial, atribuyéndole la calificación de *mercantiles* a actos que en principio no lo son, pero que guardan relación estrecha con actividades de esta naturaleza. En el artículo 21 del Código de Comercio se incluyen actos no previstos en el artículo 20 que realiza el comerciante o empresario mercantil en desarrollo de su actividad mercantil y que facilitan su ejercicio y que en razón a ello adquieren comercialidad.

 Respecto del requisito del establecimiento de comercio, debe señalarse que la actividad comercial se realiza a través de éste que está sujeto al registro mercantil. En efecto, de conformidad con el artículo 25 del Código de Comercio, «*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*». El establecimiento de comercio es entonces el instrumento del que se vale el empresario para cumplir los fines de su empresa y por medio del cual se realiza la actividad organizada. La doctrina lo define como el conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados para una finalidad económica en el que la organización adquiere un significado fundamental como factor aglutinante de los elementos que integran la hacienda, teniendo en cuenta la función económica a la que están destinados todos: la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado[[14]](#footnote-14).

 Ahora bien, frente al requisito del registro mercantil, el artículo 26 del Código de Comercio dispone que «*el registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad*». Asimismo, los numerales 6 y 33 del artículo 28 ibidem señalan que cuando un empresario abre su establecimiento de comercio debe cumplir con el deber profesional de matricularlo en el registro mercantil dentro del mes siguiente a su apertura y la información de dicha matricula debe actualizarse periódicamente mediante la renovación anual dentro de los tres (3) primeros meses de cada año.

 De esta manera, se concluye que el numeral tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2022– para definir los emprendimientos y empresas de mujeres, en el caso de las personas naturales, parte del ejercicio de una actividad comercial y, de acuerdo con el análisis normativo realizado, esta se desarrolla a través de un establecimiento de comercio, el cual debe estar matriculado en el registro mercantil. Así las cosas, es necesario que la persona natural que realiza actividades de comercio lo haga a través de un establecimiento, y que lo acredite por medio del registro de acuerdo con lo dispuesto no solo en el Decreto 1820 de 2022 sino también por la ley comercial.

 En este punto, es pertinente aclarar que el registro mercantil solicitado únicamente es requerido para ser acreedor de los criterios diferenciales consagrados a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021. Así lo previó el Gobierno Nacional de manera expresa, por lo que es el medio de prueba conducente para demostrar la actividad de comercio de cara al sistema de compras públicas y contratación estatal. Ello permite la implementación de acciones afirmativas que promueven la participación de este segmento empresarial y les incentiva a que, además, lo hagan de manera formal registrando su establecimiento ante la Cámara de Comercio respectiva tal como lo exige la ley comercial. Por tanto, será indispensable la presentación de dicho documento en caso de pretender beneficiarse de los requisitos habilitantes diferenciales u obtener el puntaje adicional.

 En este sentido, para efectos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, la acreditación de la condición de mujer y del ejercicio de actividades comerciales a través de establecimiento de comercio de la persona natural, solo será válida mediante la presentación de los documentos establecidos en el numeral 3 de la norma señalada, esto es, adjuntando copia de la cédula de ciudadanía, cédula de extranjería o pasaporte y copia del registro mercantil.

 De lo anterior, debe advertirse que el texto de la norma bajo estudio no establece alguna hipótesis en virtud de la cual fuera posible encuadrar dentro de la definición de emprendimientos o empresas de mujeres a personas naturales que no hayan desarrollado actividades a través de establecimiento de comercio con un término menor a un (1) año. Las personas naturales que no cuenten con registro mercantil, mediante el cual se acredita que han ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio, aun cuando acrediten su condición de mujer mediante copia de la cedula de ciudadanía, cédula de extranjería o el pasaporte, no cumplirían con los requisitos establecidos en la definición de emprendimientos y empresas de mujeres que consagra el Decreto 1860 de 2021 para efectos de la aplicación de los criterios diferenciales establecidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuesta**

«Buen día, para obtener el puntaje por emprendimientos y empresas de mujeres artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015 en el numeral 3 cita "Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil", de lo cual me surge la siguiente pregunta: ¿para determinar el tiempo de al menos el ultimo año se tomaría la fecha de inscripción en el registro mercantil, se este tiempo de al menos el ultimo año se puede demostrar con la inscripción en el Registro Único de Proponentes?; me surge la duda porque existe el caso de mujeres ingenieras que esta inscritas en el RUP mas no tienen registro mercantil ya que este ultimo no es una obligación para el hecho de contratar.».

Para definir los emprendimientos y empresas de mujeres, en el caso de las personas naturales, el numeral tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2022– establece que la mujer debe ejercer de una actividad comercial y que esta se desarrolla a través de un establecimiento de comercio, el cual debe estar matriculado en el registro mercantil. De manera que es indispensable para ser beneficiario de los criterios diferenciales que la persona natural que realiza actividades de comercio lo haga a través de un establecimiento, y que lo acredite por medio del registro de acuerdo con lo dispuesto no solo en el Decreto 1820 de 2022 sino también por la ley comercial.

El registro mercantil solicitado únicamente es requerido para ser acreedor de los criterios diferenciales consagrados a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021. Así lo previó el Gobierno Nacional de manera expresa, de manera que es el medio de prueba conducente para demostrar la actividad de comercio de cara al sistema de compras públicas y contratación estatal. Ello permite la implementación de acciones afirmativas que promueven la participación de este segmento empresarial y les incentiva a que, además, lo hagan de manera formal registrando sus establecimientos ante la Cámara de Comercio respectiva. Por tanto, será necesaria la presentación de dicho documento en caso de pretender beneficiarse de los requisitos habilitantes diferenciales u obtener el puntaje adicional.

En este sentido, para efectos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, la acreditación de la condición de mujer y del ejercicio de actividades comerciales a través de establecimiento de comercio de la persona natural, solo será válida mediante la presentación de los documentos establecidos en el numeral 3 de la norma señalada, esto es, adjuntando copia de la cédula de ciudadanía, cédula de extranjería o pasaporte y copia del registro mercantil.

De lo anterior, debe advertirse que el texto de la norma bajo estudio no establece alguna hipótesis en virtud de la cual fuera posible encuadrar dentro de la definición de emprendimientos o empresas de mujeres a personas naturales que no hayan desarrollado actividades a través de establecimiento de comercio con un término menor a un (1) año. Las personas naturales que no cuenten con registro mercantil, aun cuando acrediten su condición de mujer mediante copia de la cédula de ciudadanía, cedula de extranjería o el pasaporte, no cumplirían con los requisitos establecidos en la definición de emprendimientos y empresas de mujeres que consagra el Decreto 1860 de 2021 para efectos de la aplicación de los criterios diferenciales establecidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Carlos Covilla MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020> [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-6)
7. Dicha norma debe armonizarse con el artículo 33.1 de la Ley de Emprendimiento, el cual dispone que «Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos: 1. Deberán en el Análisis de Sector identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 2069 de 2020 «Artículo 32. Criterios Diferenciales para Emprendimientos y Empresas de mujeres en el Sistema De Compras Públicas. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

»Parágrafo primero. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-8)
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». [↑](#footnote-ref-9)
10. «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](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)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](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.2)., [2.2.1.2.4.2.3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.3)., [2.2.1.2.4.2.4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.4)., [2.2.1.2.1.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.1.2.2). y [2.2.1.2.4.2.8](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.8).; adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.14)., [2.2.1.2.4.2.15](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.15)., [2.2.1.2.4.2.16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.16)., [2.2.1.2.4.2.17](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.17).y [2.2.1.2.4.2.18](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.18).;adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#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». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1860 de 2021. «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.5.1)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](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.2)., [2.2.1.2.4.2.3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.3)., [2.2.1.2.4.2.4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.4)., [2.2.1.2.1.2.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.1.2.2) y [2.2.1.2.4.2.8](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.8).; adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.14)., [2.2.1.2.4.2.15](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.15)., [2.2.1.2.4.2.16](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.16)., [2.2.1.2.4.2.17](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653" \l "2.2.1.2.4.2.17). y [2.2.1.2.4.2.18](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.18).; adiciona un [parágrafo](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9.p)al artículo [2.2.1.2.3.1.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.3.1.9); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#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». [↑](#footnote-ref-11)
12. Según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se considera «[…] 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». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición. [↑](#footnote-ref-12)
13. Lo cual es concordante con el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, en el que se establece la definición de las condiciones habilitantes como uno de los componentes mínimos de los pliegos de condiciones. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. DE LA TORRE, Ramon Eduardo Madrinan. Principios de derecho comercial. Temis, 1980; CÁRDENAS, Luis Gonzalo Baena, et al. Lecciones de derecho mercantil, 2. Books, 2013, vol. 1.; LINARES VESGA, Jesús Ángel. Curso de derecho comercial: parte general. Bogotá: \_Grupo Editorial Ibáñez,, 2013; PINZÓN, Gabino; SÁNCHEZ, Jorge Pinzón. Introducción al derecho comercial. 1985. [↑](#footnote-ref-14)