**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Decreto 1860 del 2021 – Reglamentación artículo 32**

Así las cosas, el artículo 32 de la mencionada Ley establece criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública y establece la necesidad de reglamentación de la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres» por parte del Gobierno Nacional. Estos criterios diferenciales –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. La norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

[...] Con fundamento en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 que modificó el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de la norma anteriormente citadas para la efectiva aplicación de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley.

**CRITERIOS DIFERENCIALES – Decreto 1860 de 2021 – Regulación empresas de mujeres**

[…] Como primer presupuesto para la regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, el artículo el 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015, incorpora la definición de emprendimientos y empresas de mujeres para que puedan aplicarse los criterios diferenciales. De esta manera, los criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres incluidos en el Decreto 1860 de 2021 únicamente se aplicarán a los proponentes que acrediten alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

**SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES – Criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres**

Así las cosas, la disposición exige como una de las condiciones con base en las cuales se debe entender que un proponente tiene la condición de emprendimiento o empresa de mujeres, la vinculación mínima de un año del 50% del personal directivo del proponte respectivo, de manera que se trate de mujeres.

[…] Conforme a los artículos 162 y 172 del Código de Comercio, la fusión empresarial es una clase de reforma estatutaria, en virtud de la cual una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. Por expresa disposición legal, cuando se materializa esta figura, la absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

[…]. La figura que se produce con ocasión a la fusión es la de la [sustitución patronal](https://admin.actualicese.co/actualidad/2016/02/15/sustitucion-patronal-como-opera/) de empleadores que se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios»

Por lo tanto, como quiera que el Decreto 1860 del 2021, a través del cual se introdujeron los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15. al Decreto 1082 del 2015, con el fin de reglamentar la Ley 2069 del 2020 en cuanto a emprendimientos y empresas de mujeres no consagra ninguna disposición en la cual se restringa la aplicación de esta figura prevista en la ley para que los proponentes resulten destinatarios de los criterios diferenciales en favor de este tipo de empresas, esta Subdirección considera que la sustitución de empleadores no es un impedimento para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015; pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir, que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con los criterios diferenciales, que tenga la condición de sociedad absorbente o de nueva compañía fruto de una fusión de sociedades, debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores y debe existir *continuidad en los servicios que presta la trabajadora*, , sin perjuicio de cumplir los demás requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá D.C.,

Señor

**Mateo Giraldo**

Bogotá D.C.

 **Concepto C –548 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| Temas:  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Decreto 1860 del 2021 – Reglamentación artículo 32 / CRITERIOS DIFERENCIALES – Regulación Empresas de Mujeres / SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES – Criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20220719007001  |

Estimado señor Giraldo:

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 realizada el 19 de julio de 2022.

**1. Problema planteado**

En la consulta identificada previamente usted solicita a la Agencia resolver los siguientes interrogantes, los cuales guardan relación con las reformas introducidas por la Ley 2069 del 2020 y con su reglamentación, contenida en el Decreto 1860 del 2021, por el cual se modificó el Decreto 1082 del 2015. En particular, su consulta se funda en lo previsto en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. «Definición de emprendimientos y empresas de mujeres» del Decreto 1082 de 2015, que dispone lo siguiente: «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».

Partiendo del contenido de esta disposición, en su consulta se formulan los siguientes interrogantes:

«Con base en la expresión subrayada de dicho numeral se pregunta a su entidad lo siguiente: En caso de que: a) Dos (o más) empresas realicen una FUSION EMPRESARIAL, y b) Una de estas empresas tenga trabajadoras con más de un año de antigüedad en la nómina, ¿Estas trabajadoras conservan la antigüedad de su contrato laboral y pueden presentarse por la empresa ya fusionada para dar cumplimiento al requisito exigido en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015?»

**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 las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-1).

Por ello, esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones[[2]](#footnote-2)– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) reglamentación del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 por parte del Decreto 1860 de 2021; ii) alcance de la regulación existente sobre los los criterios diferenciales definidos en el reglamento en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres; y iii) alcance de la figura de sustitución de empleadores en relación con los criterios diferenciales y los factores de desempate en favor de emprendimientos y empresa de mujeres.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la Ley 2069 del 2020, los criterios diferenciales y los factores de desempate previsto en esta Ley y en su reglamentación en los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021; C-006 del 5 de febrero del 2021; C-009 del 4 de febrero del 2021; C-012 del 4 de febrero del 2021; C-013 del 4 de febrero del 2021; C-015 del 4 de febrero del 2021; C-016 de 4 de febrero del 2021; C-026 del 4 de febrero del 2021; C-081 del 23 de febrero del 2021; C-035 del 02 de marzo de 2021; C-056 del 8 de marzo del 2021; C-087 del 19 de marzo del 2021; C-114 del 13 de abril del 2021; C-206 del 3 de mayo del 2021; C-245 del 1 de junio del 2021; y C-661 del 29 de noviembre del 2021. En particular, el análisis referido a los emprendimientos y empresas de mujeres, se abordó en los conceptos C-029 del 23 de febrero del 2021, C-061 del 10 de marzo del 2021, C-386 del 15 de junio del 2022 y C-405 del 22 de junio del 2022. Finalmente, en el concepto C-320 del 1 de julio del 2021, esta agencia analizó, a la luz de la Ley 2069 del 2020 la figura de la sustitución de empleadores. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada.

**2.1. Reglamentación del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 por parte del Decreto 1860 de 2021**

El Congreso de la República expidió la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», en esta se establece un marco regulatorio que propicia el emprendimiento, el crecimiento, la consolidación y la sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad. Concretamente, el «Capítulo III- Compras públicas» de la Ley 2069 de 2020 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento; en particular, el artículo 32 dispone de criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas.

 Así las cosas, el artículo 32 de la mencionada Ley establece criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública y establece la necesidad de reglamentación de la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres» por parte del Gobierno Nacional. Estos criterios diferenciales –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. La norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

En todo caso, es conveniente resaltar que estos criterios se crearon con el propósito de incentivar los 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.

 Con fundamento en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 que modificó el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de la norma anteriormente citada para la efectiva aplicación de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley.

De esta manera, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 al Decreto 1082 de 2015, reglamentando en su orden, los siguientes aspectos: i) la definición de *«emprendimientos y empresas de mujeres»* en el sistema de compras y contratación pública y la forma de acreditación en cada caso y ii) los criterios diferenciales en favor de estos *«emprendimientos y empresas de mujeres»*.

Así las cosas, en los siguientes numerales se explicará, por una parte, la reglamentación del Decreto 1860 de 2021 en relación con la regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, y, por otra, se hará referencia a la figura de la sustitución de empleador, en relación con tales criterios diferenciales.

**2.2. La regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021**

Como primer presupuesto para la regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, el artículo el 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14[[3]](#footnote-3) al Decreto 1082 de 2015, incorpora la definición de emprendimientos y empresas de mujeres para que puedan aplicarse los criterios diferenciales. De esta manera, los criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres incluidos en el Decreto 1860 de 2021 únicamente se aplicarán a los proponentes que acrediten alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

Por otro lado, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.15[[4]](#footnote-4) al Decreto 1082 de 2015, estableciendo algunas reglas que permiten una aplicación uniforme de los criterios diferenciales en favor de empresas y emprendimientos de mujeres. De esta forma, se dispuso de criterios diferenciales, que incluyen tanto las condiciones habilitantes como los puntajes adicionales, señalando expresamente que aplican a los procesos contractuales donde se utilice el procedimiento de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos. Sin perjuicio de lo anterior, la norma también señaló que aplicarían en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es importante señalar que los procesos en los que aplican estos criterios diferenciales estaban previamente definidos por el legislador en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[5]](#footnote-5).

En este sentido, se determinó que en los documentos del proceso se deben incorporar requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres, relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Igualmente, el decreto establece que, con excepción de los procedimientos de selección donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las entidades otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

En lo relativo a la aplicación de los criterios y puntajes diferenciales para proponentes plurales en los que participen empresas y emprendimientos de mujeres, el decreto señala que los requisitos y criterios diferenciales solo se aplicarán cuando por lo menos uno de los integrantes acredite dicha condición y tenga una participación de al menos el diez por ciento (10%) en la estructura plural. De esta manera, los emprendimientos y empresas de mujeres se verán beneficiados de los referidos incentivos por la presentación de ofertas mediante proponentes plurales, en los que pueden asociarse con otras empresas o proponentes que fortalezcan sus capacidades y experiencia.

Según la norma en comento, las entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 señala que los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Esto significa que los criterios diferenciales que favorezcan a los proponentes que acrediten la calidad de emprendimiento y empresas de mujeres se acumulan con los criterios diferenciales establecidos en favor de aquellos que también ostentan la calidad de Mipyme, de acuerdo con la regulación establecida en el pliego de condiciones o documento equivalente.

**2.3. Sustitución de empleadores y criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres**

Para acreditar la condición de emprendimiento o empresa de mujeres, el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015 exige lo siguiente:

«Artículo 2.2.1.2.4.2.14. 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:

[…] 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.

Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. En este sentido, serán cargos de nivel directivo los que dentro de la organización de la empresa se encuentran ubicados en un nivel de mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.

Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde se señale de manera detallada todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación.

La certificación deberá relacionar el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo del proponente. Como soporte, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador».

Así las cosas, la disposición exige como una de las condiciones con base en las cuales se debe entender que un proponente tiene la condición de emprendimiento o empresa de mujeres, la vinculación mínima de un año del 50% del personal directivo del proponte respectivo, de manera que se trate de mujeres. En los términos definidos en la norma, se trata de una condición que solo pueden acreditar las personas jurídicas y cuando se trate de proponente plurales será necesario cumplir los requerimientos del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.15, que prevé que «Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal».

Adicionalmente, en los términos del parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.14. las certificaciones que acrediten la vinculación del porcentaje de personal directivo y su antigüedad deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección, lo cual denota la intención de la norma de asegurarse de la existencia de un vínculo laboral actual, en tales condiciones.

Se trata entonces, de una exigencia relacionada directamente con la celebración de contratos de trabajo por parte del proponente persona jurídica, o de la persona jurídica integrante del proponente plural, de lo que se sigue que la vinculación laboral necesariamente debe ser con éstos y que no podría tenerse como válida aquella existente con otra persona jurídica, para la aplicación de los criterios diferenciales respectivos.

En ese contexto, y en cuanto la consulta formulada se concreta en inquietudes relacionadas con los efectos que puede tener una fusión empresarial, respecto de la antigüedad de la vinculación de las trabajadoras de las empresas fusionadas, resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

Conforme a los artículos 162 y 172 del Código de Comercio, la fusión empresarial es una clase de reforma estatutaria, en virtud de la cual una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. Por expresa disposición legal[[6]](#footnote-6), cuando se materializa esta figura, la absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

En esas condiciones, un proceso de fusión de sociedades no acaba los contratos de trabajo de ninguna de las sociedades que participen en éste, ni modifica sus condiciones; ya que, debido a la mencionada previsión, estos contratos y sus correspondientes obligaciones son asumidas por la nueva sociedad.

La figura que se produce con ocasión a la fusión es la de la [sustitución patronal](https://admin.actualicese.co/actualidad/2016/02/15/sustitucion-patronal-como-opera/) de empleadores que se define en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios». Así, este fenómeno opera cuando lo que cambia es el empleador, pero el giro ordinario de la empresa se mantiene. En tal sentido, el artículo 68 del mismo Código señala que «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes».

La finalidad de la sustitución patronal es que el nuevo empresario asuma la posición contractual del antiguo en las relaciones laborales existentes en la empresa. Esta subrogación en la posición de la parte empleadora implica que el nuevo titular de la unidad económica asume los mismos derechos y obligaciones contractuales que el anterior titular[[7]](#footnote-7).

En relación con los requisitos esenciales para la sustitución patronal contenidos en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: *«para que opere la figura jurídica de sustitución de empleadores es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cambio de empleador, (ii) continuidad de empresa o identidad de establecimiento, y (iii) continuidad en los servicios que presta el trabajador»[[8]](#footnote-8)*Por lo tanto, como quiera que el Decreto 1860 del 2021, a través del cual se introdujeron los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15. al Decreto 1082 del 2015, con el fin de reglamentar la Ley 2069 del 2020 en cuanto a emprendimientos y empresas de mujeres no consagra ninguna disposición en la cual se restringa la aplicación de esta figura prevista en la ley para que los proponentes resulten destinatarios de los criterios diferenciales en favor de este tipo de empresas, esta Subdirección considera que la sustitución de empleadores no es un impedimento para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015; pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir, que se mantiene la misma relación laboral[[9]](#footnote-9). Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con los criterios diferenciales, que tenga la condición de sociedad absorbente o de nueva compañía fruto de una fusión de sociedades, debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores y debe existir *continuidad en los servicios que presta la trabajadora*, , sin perjuicio de cumplir los demás requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015.

**3. Respuesta**

[…] En caso de que: a) Dos (o más) empresas realicen una FUSION EMPRESARIAL, y b) Una de estas empresas tenga trabajadoras con más de un año de antigüedad en la nómina, ¿Estas trabajadoras conservan la antigüedad de su contrato laboral y pueden presentarse por la empresa ya fusionada para dar cumplimiento al requisito exigido en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015?»

Como se señaló en las consideraciones de este concepto, conforme a la regulación del Código de Comercio –artículos 162 y 172 y siguientes-, cuando se produce una fusión de sociedades la sociedad absorbente o la nueva compañía resultante de la fusión adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión, entre éstas las obligaciones laborales.

Por lo tanto, el proceso de fusión no termina los contratos de trabajo de ninguna de las sociedades que participen en éste, ni modifica sus condiciones. En esas condiciones, cuando ocurre una fusión de sociedades se produce la figura de la sustitución de empleador. Así las cosas, en tanto se trata de materias reguladas por la ley y dado que, para el acceso a los criterios diferenciales consagrados en favor de emprendimientos y empresas de mujeres, no se consagró ninguna regla especial sobre el particular, se debe entender que los contratos de trabajo celebrados por una empresa que luego se fusiona no se terminan ni modifican con ocasión de la fusión, por lo cual la antigüedad exigida en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 del 2015 no se ve afectada por la ocurrencia de esta modificación a la sociedad empleadora original; sino que, respecto de los mismos opera la figura de la sustitución del empleador, en los términos explicados.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén Vargas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibídem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. [↑](#footnote-ref-1)
2. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 Decreto Ley 4170 de 2011 señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. [↑](#footnote-ref-2)
3. «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. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.

»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.

»Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. En este sentido, serán cargos de nivel directivo los que dentro de la organización de la empresa se encuentran ubicados en un nivel de mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.

»Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde se señale de manera detallada todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación.

»La certificación deberá relacionar el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo del proponente. Como soporte, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

»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.

»PARÁGRAFO. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección». [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas*.* 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 no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

»2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

»5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

»Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las empresas y emprendimientos de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean empresas o emprendimientos de mujeres.

»De manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento adecuado del objeto contractual, con excepción de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las Entidades también otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del presente Decreto.

»Las Entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.

»Parágrafo 1. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

»Parágrafo 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 2069 de 2020, artículo 32: «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 1o. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-5)
6. Así lo prevé el artículo 172 del Código de Comercio. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 23 de marzo de 2022, radicación No. 81097. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 5 de marzo de 2009, radicación No. 35259. [↑](#footnote-ref-8)
9. Una tesis similar a la anterior fue defendida por esta Agencia en relación con el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con los factores de desempate que involucran a vinculación de capital humano, en los que el oferente debe acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. En este sentido, en el concepto C-437 del 24 de agosto de 2021 se señaló: « Por lo tanto, sin perjuicio de que el decreto que expida el gobierno nacional para reglamentar el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 disponga algo diferente, esta Subdirección en principio no advierte que la sustitución de empleadores sea óbice para que se siga computando el período de antigüedad exigido en el parágrafo segundo del mencionado artículo, pues el hecho de que opere tal sustitución no modifica por sí solo el contrato de trabajo, es decir que se mantiene la misma relación laboral. Sin embargo, el oferente que pretenda beneficiarse con el factor de desempate previsto en el numeral 4 debe conservar el mismo giro ordinario del negocio que existía antes de la sustitución de empleadores, si quiere que se le tenga en cuenta la vinculación del trabajador previa a dicha sustitución». Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-437%20de%202021>. [↑](#footnote-ref-9)