**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. 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, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley. En cuanto a su contenido, 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 con las realidades socioeconómicas de cada región».

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

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir 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 exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de 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 desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los requisitos de las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales, siendo relevante para la consulta el segundo de dichos numerales.

**DECRETO 1860 DE 2021 – Vigencia**

[…] la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala 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 meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho momento



Bogotá, 13 Octubre de 2022

Señor

**Johany Bohórquez Herazo**

**JB CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES SAS**

Sincelejo, Sucre

 **Concepto C ‒ 675 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020– Finalidad / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Necesidad de reglamentación – Decreto 1860 de 2021 / DECRETO 1860 DE 2021 – Vigencia  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220903008822 |

Estimado Señor Bohórquez Herazo:

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 su consulta del 02 de septiembre de 2022.

1. **Problema planteado**

En su solicitud usted indaga sobre la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.14 específicamente:

 «1. ¿[…] Puede una empresa presentar pagos retroactivos de un empleado en esta condición (nivel directivo) para cumplir con el año exigido en los pliegos?».

2. Una mujer es certificada por un empleador ejerciendo un CARGO DE NIVEL DIRECTIVO en una empresa, pero al momento de verificar la base de la afiliación al sistema de seguridad social, se nota que esta mujer cotiza sobre la base del salario mínimo. ¿Es congruente que una mujer que ejerza un CARGO A NIVEL DIRECTIVO con un contrato laboral en una empresa constructora cotice sobre la base del salario mínimo? ¿Cómo puede estar segura una entidad contratante que esa persona si se desempeña en ese cargo con una base salarial de esta manera?».

1. **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) aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos[[1]](#footnote-2), refiriéndose, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 32 de la precitada ley, alusivo a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, en los conceptos C-029 de 21 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-141 del 8 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C- 031 del 1 de marzo de 2022, C-533 del 25 de agosto de 2022 y el C-540 del 29 de agosto de 2022 entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**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». 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, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, 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»[[2]](#footnote-3). Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con 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[[3]](#footnote-4), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[4]](#footnote-5). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[5]](#footnote-6), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[6]](#footnote-7) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[7]](#footnote-8).

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, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma[[8]](#footnote-9).

 Los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Por un lado, 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 del 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».

 Además, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, 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». Es decir, esta norma requiere el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

 Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[9]](#footnote-10) 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».

 La norma analizada contiene los denominados «requisitos diferenciales» y adicionalmente los «puntajes adicionales»– los cuales aplicaran 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. Por otra parte, 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.

Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, 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 mujeres y emprendimientos 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 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[[10]](#footnote-11).

 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.

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala 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 meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho momento[[11]](#footnote-12).

**2.2.** **Definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021**

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir 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 exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de 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 desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los requisitos de las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales, siendo relevante para la consulta el segundo de dichos numerales, cuyo tenor literal indica:

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:

[…]

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

[…]

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. [Énfasis fuera de texto].

De acuerdo con el numeral citado, una persona jurídica podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del 50% de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres. Tales empleos son aquellos relacionados con la dirección de áreas misionales y las decisiones de nivel estratégico de la respectiva empresa, De esta manera los cargos directivos deben identificarse de acuerdo con la definición que para el efecto estableció el Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, independientemente de la denominación del cargo, su naturaleza será directiva bien porque se encuentra en un nivel especial de mando o, porque de acuerdo a su jerarquía, representan al empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo[[12]](#footnote-13).

Para la aplicación de la definición en comento debe tenerse en cuenta únicamente a los empleos del nivel directivo, lo que excluye a los demás empleos de la planta de personal, como por ejemplo los operativos. En segundo lugar, no basta con que los cargos directivos en una sociedad sean mayoritariamente de mujeres para que sea considerada como un empresa o emprendimiento a los que se refiere la norma, sino que además es necesario que dicha vinculación mayoritaria de mujeres en los empleos del nivel directivo de la empresa se haya mantenido como mínimo durante el periodo de un año, contado a partir de la fecha de cierre del proceso de selección. De esta manera, el criterio establecido en la norma para definir los emprendimientos y empresas de mujeres deja por fuera de dicha categoría a aquellas sociedades que, a pesar de contar con la participación mayoritaria de mujeres en el nivel directivo, no cuenten con el requerimiento del tiempo mínimo de un año.

Como medio para la acreditación de la condición en comento, la disposición en cita establece una certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal en la que consten todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. Dicho documento además debe relacionar los nombres completos de las personas que integran el nivel directivo y los números de documentos de identidad de cada uno de ellos. Adicionalmente, la norma dispone que la mencionada certificación de presentarse acompañada de copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

Los documentos a los que se refieren los distintos numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 constituyen una tarifa legal probatoria para demostrar que los proponentes son emprendimientos o empresas de mujeres, y que, por lo tanto, tienen derecho a la aplicación de los criterios diferenciales reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, en desarrollo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Esto significa que a quienes pretendan acceder a tales beneficios en consideración a la definición establecida en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, les corresponde presentar la mencionada certificación con sus respectivos soportes.

Sin perjuicio de lo anterior, la sola presentación de la certificación con las copias de los documentos de identidad, de los contratos laborales y los certificados de aportes a seguridad social no confiere automáticamente el acceso a los criterios diferenciales. Esto por cuanto es deber de la entidad verificar que los documentos presentados acrediten las condiciones descritas en el primer y segundo inciso del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015,

En ese sentido, para aplicar la mencionada definición la entidad debe comprobar que el número de mujeres vinculadas equivale a un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo, lo que se puede verificar con la información incluida en la certificación. Así mismo deberá establecerse si en efecto tal porcentaje de empleos en cabeza de mujeres se ha mantenido durante al menos durante el periodo de un año contado hasta la fecha de cierre, para lo que son útiles la certificación laboral, el contrato de trabajo y los certificados de aportes a seguridad social. También deberá establecerse si los empleos que ocupan las personas relacionadas en la certificación efectivamente son del nivel directivo, para lo que deberá analizarse si las funciones descritas en el contrato o certificación aportada se subsumen en la noción establecida en el segundo inciso del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

Conforme a lo anterior, en el evento en que un proponente presente la referida certificación con los respectivos soportes, pero se encuentre que los mismos no acreditan las condiciones descritas en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, la entidad deberá tener por no acreditada la condición de emprendimiento o empresa de mujeres, y, en consecuencia, abstenerse de aplicar criterios diferenciales en favor de este oferente. De esta manera, si, por ejemplo, analizados los documentos presentados la entidad advierte que el porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de mujeres en empleos del nivel directivo no se ha mantenido durante al menos el año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección, no sería viable aplicar la mencionada definición. La misma consecuencia aplica al supuesto en el que se determine que las funciones de las trabajadoras presuntamente vinculadas a empleos del nivel directivo no corresponden con las atribuidas a ese tipo de cargos de conformidad con lo señalado en la norma.

 Debe destacarse que, la noción de empleo del nivel directivo establecida en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 se refiere exclusivamente a aquellos empleos «[…] cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico». En ese orden, resulta claro que la norma no establece el monto de la remuneración como un criterio para determinar si un empleo es o no del nivel directivo, por cuanto solo se refiere a la de manera cualitativa a un tipo de funciones asociadas a estos empleos.

Esto implica que el hecho de que los empleos tengan una remuneración que pueda considerarse baja, *per se*, no es una razón suficiente para no aplicar la definición del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, siempre que se encuentren acreditadas las demás condiciones a las que se refiere la norma. No obstante, si además de la baja remuneración si se advierte que las funciones asignadas a las trabajadoras certificadas no tienen que ver con la dirección de áreas misionales, ni con la toma de decisiones a nivel estratégico, ni supongan representación del empleador, tales empleos no serán susceptibles de ser tenidos en cuenta para la aplicación de la definición bajo estudio.

 Con todo, debe advertirse que corresponde a las entidades estatales contratantes determinar en cada caso concreto si en efecto se cumplen las condiciones antes explicadas, verificando además que dicha acreditación se haga con sujeción al marco jurídico aplicable. Para estos efectos deberá realizarse el análisis de cada uno de los empleos certificados para poder si cada uno de ellos puede ser considerado del nivel directivo en virtud de las funciones que tenga asignadas.

1. **Respuesta**

1. ¿[…] Puede una empresa presentar pagos retroactivos de un empleado en esta condición (nivel directivo) para cumplir con el año exigido en los pliegos?.

Conforme a lo expuesto, la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública, lo que excluye, por ejemplo, temas asociados al seguridad social.

 Sin perjuicio de lo anterior, en respuesta a la consulta planteada es preciso advertir que el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, el cual reglamenta el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, define como emprendimientos o empresas de mujeres a las personas jurídicas en las que al menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres, siempre que 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. Además, la norma establece una criterio para determinar cuales son los empleos del nivel directivo que se relacionan con el ejercicio de funciones directivas, la toma de decisiones de nivel estratégico y la representación del empleador.

Para la acreditación de las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, la norma establece que debe presentarse una certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal en la que consten todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. El documento además debe contener los nombres completos de las personas vinculadas en los empleos del nivel directivo y sus números de documentos de identidad. Como anexos de dicha certificación deben presentarse copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

A partir de los documentos mencionados, la entidad estatal contratante deberá verificar si el proponente efectivamente cumple con las condiciones señaladas en los incisos primero y segundo del referido numeral. En ese sentido, para aplicar esta definición habrá que constatar que los documentos presentados por el proponente demuestren que el número de mujeres vinculadas a los empleos directivos equivale a un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de los cargos que la persona jurídica tenga en ese nivel. Del mismo modo deberá establecerse que la vinculación de mujeres en tales empleos y proporción se haya mantenido al menos durante el año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Igualmente, será necesario verificar que las funciones asignadas a los empleos acreditados para la aplicación de la definición se subsuman dentro de la noción establecida en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

De esta manera, si analizada la información certificada y los anexos presentados se comprueba que, por ejemplo, la vinculación de mujeres en cargos del nivel directivo en la referida proporción se ha mantenido por un periodo inferior a un año, no habrá lugar a aplicar la definición. Del mismo modo, si analizadas las funciones certificadas de las respectivas trabajadores se comprueba que estas no tienen atribuidas funciones que puedan ser consideradas del nivel directivo, tampoco habrá lugar a la aplicación de la norma en comento, ni de los criterios diferenciales que se hayan establecido.

 En todo caso, se advierte que, corresponde a las entidades estatales contratantes determinar que en cada caso concreto se cumplan las condiciones antes explicadas, para lo cual deberán estudiarse la información incluida en los señalados medios de acreditación. Si se encuentra que los documentos presentados no demuestran alguna de las condiciones establecidas los dos primeros incisos del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, la entidad deberá tener por no acreditada la definición, y, en consecuencia, abstenerse de aplicar los criterios diferenciales que se hayan incluido.

2. Una mujer es certificada por un empleador ejerciendo un CARGO DE NIVEL DIRECTIVO en una empresa, pero al momento de verificar la base de la afiliación al sistema de seguridad social, se nota que esta mujer cotiza sobre la base del salario mínimo. ¿Es congruente que una mujer que ejerza un CARGO A NIVEL DIRECTIVO con un contrato laboral en una empresa constructora cotice sobre la base del salario mínimo? ¿Cómo puede estar segura una entidad contratante que esa persona si se desempeña en ese cargo con una base salarial de esta manera?

El inciso segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 que se entienden como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones estén relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. Conforme a esto, 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.

Conforme se aprecia, esta noción determina la condición de empleo de nivel directivo a partir de un criterio exclusivamente cualitativo relacionado con las funciones asignadas a las trabajadores y la ubicación de los cargos que ocupan en la estructura jerárquica de la persona jurídica. En ese sentido, la norma no establece como criterio el monto de la remuneración que reciban las respectivas trabajadoras.

Lo anterior significa que el hecho de que los empleos tengan una remuneración que pueda considerarse baja, *per se*, no es una razón suficiente para no aplicar la definición del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, siempre que se encuentren acreditadas las demás condiciones a las que se refiere la norma. Sin embargo, si además de la baja remuneración se advierte que las funciones asignadas a las trabajadoras certificadas no tienen que ver con la dirección de áreas misionales, ni con la toma de decisiones a nivel estratégico, ni supongan representación del empleador, tales empleos no serán susceptibles de ser tenidos en cuenta para la aplicación de la definición bajo estudio.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Edwin Johan Chocontá QuinteroAnalista T2 – 02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia también se ha pronunciado sobre las diferentes disposiciones de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, 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 de 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-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, C-689 del 05 de enero de 2022, C-738 del 1 de febrero de 2022, C-741 del 1 de febrero de 2022, C-750 del 4 de febrero de 2022, C-031 del 1 de marzo de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-057 del 8 de marzo de 2022, C-199 del 13 de abril de 2022 entre otros. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
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#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#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#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#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#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#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-12)
12. Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, Código Sustantivo del Trabajo: «Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

»a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};

»b) Los intermediarios». [↑](#footnote-ref-13)