**CRITERIOS DIFERENCIALES PARA EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Vigencia y reglamentación – 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.  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

**CRITERIOS DIFERENCIALES PARA EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Ley 2069 de 2020**

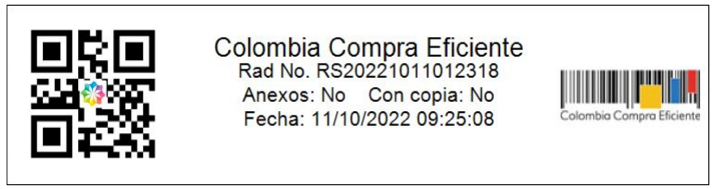
Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 regula criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública.  […] De esta manera, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» 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.

**CRITERIOS DIFERENCIALES PARA EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Régimen jurídico**

[…] 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.

**INFORMACIÓN RESERVADA – Excepciones al principio de publicidad en contratación estatal – Consentimiento informado del oferente**

[…] tratándose datos sensibles, si bien el proponente debe suministrar la información exigida en el respectivo procedimiento de selección, con la finalidad de acreditar distintos requisitos del mismo, la entidad tiene el deber de abstenerse de divulgarla. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles relacionados con la acreditación de los criterios diferenciales, en caso de que efectivamente contengan información sensible, y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos. Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el tratamiento de esta información se remite al peticionario a las consideraciones realizadas en el numeral 2.3 de este concepto donde se señaló la regulación contenida en la Circular Externa Única y en los documentos tipo en relación con el tratamiento de la información reservada contenida en las ofertas.

Señora

**Janeth Pachón**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 642 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CRITERIOS DIFERENCIALES PARA EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Vigencia y reglamentación – Ley 2069 de 2020 – Régimen jurídico – INFORMACIÓN RESERVADA – Excepciones al principio de publicidad en contratación estatal – Consentimiento informado del oferente |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220823008359 |

Estimada Señora Pachón:

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 17 de agosto de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula solicitud de consulta compuesta por los siguientes interrogantes:

«Teniendo en cuenta los cambios suscitados a partir de la entrada en vigor de los pliegos tipo versión 3 a partir del 29 de agosto de 2022 para dar cumplimiento a la Resolución 275/2022, atentamente solicito sea resuelta la siguiente inquietud:

Con el fin de dar cumplimiento a la acreditación de emprendimientos y empresas de mujeres para personas jurídicas, el CEE dispuso el Formato 12ª – ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES (PERSONA JURÍDICA). En el formato existen dos opciones para poder demostrar este requisito; la Opción 2 se refiere a lo siguiente:

“Opción 2. Incorporar si por lo menos el cincuenta por ciento (50 %) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica son ejercidos por mujeres y estas han estado vinculadas laboralmente durante al menos el último año”.

De acuerdo con el formato, se debe señalar de forma detallada los cargos directivos de la persona jurídica (empresa).

Pregunta 1. ¿Corresponden estos cargos al Organigrama general de la organización y hasta que nivel hay que registrar esta información?

Luego de este cuadro se indica lo siguiente en el formato: “Para los efectos de esta certificación son 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, son cargos del rango directivo los que dentro de la organización de la empresa implican mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.”

Pregunta 2.

a. ¿Cómo se determina cuáles son los cargos misionales de la empresa, por ejemplo, una empresa de construcción, cuando finalmente su objeto misional corresponde a la construcción de vías, edificaciones u otros y en el organigrama se incluyen cargos directivos necesarios para el desarrollo de la empresa, como por ejemplo la Dirección Financiera O Contabilidad? ¿Este tipo de cargos también se definen como misionales?

b. ¿Se deben incluir los cargos de los organigramas de las obras?

Con referencia a los anexos:

Pregunta 3.

a. ¿teniendo en cuenta que los contratos laborales contienen información personal del trabajador, esta información puede estar tachada o restringida?

b. Si se opta por una certificación ¿Las certificaciones Laborales deben tener alguna condición especifica como fecha de expedición, firma, etc.?

Finalmente, ¿cómo el evaluador determina objetivamente si la información entregada es suficiente para acreditar esta condición, teniendo en cuenta que este es un criterio que da puntaje y no puede ser adicionado o rectificado?

Por otra parte, si la condición solicitada con el Formato F12A es acreditada por una empresa que por tamaño se define como gran empresa, ¿Se está cumpliendo con lo solicitado en el numeral 4.6 del pliego para otorgar el puntaje de 0.25 en el total de los puntos de la licitación, teniendo en cuenta la condición de participación dentro del proponente plural?».

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 Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; ii) régimen jurídico de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres; y iii) forma de acreditación de los requisitos habilitantes diferenciales y tratamiento de información clasificada o reservada.

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 decreto 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 criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres**

Los criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales» y aplican, sin distinciones ulteriores, a todos los procedimientos que realicen las entidades estatales incluidas y excluidas de la Ley 80 de 1993.

Frente a 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.

Por su parte, frente al puntaje adicional, este se encuentra regulado en los artículos 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015 y aplica en beneficio de quien acredite un determinado número de personas con ciertas características diferenciales vinculadas a su planta laboral. De manera que se activa un sistema de preferencias a favor de estas personas y sus empleadores en razón a la necesidad del Estado de propender por la mitigación de sus condiciones sociales, políticas y económicas de exclusión y desventaja histórica.

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 3 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. De esta manera, 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. 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.*

1. 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.
2. 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. (…)» (subrayado fuera del texto original)

Teniendo en cuenta el objeto de la presente consulta, resulta relevante el análisis del numeral segundo del artículo antes citado, según el cual, tratándose de personas jurídicas, estas podrán optar por el beneficio cuando por lo menos la mitad de las personas que ocupan cargos directivos sean mujeres y hayan ocupado estos cargos durante el año inmediatamente anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

Para la acreditación de este requisito, la norma establece que deben entenderse como *empleos del nivel directivo* aquellos relacionados con la dirección de áreas misionales y la toma de decisiones estratégicas. Además, que también lo serán aquellos que 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. En relación con lo anterior, el artículo 196 del Código de Comercio establece que «[L]a representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad […]». En ese orden, el contrato social indica cuáles son los cargos mediante los que se ejerce la dirección, administración y control de la empresa. No obstante, con respecto a la administración, la Ley 222 de 1995 establece en su artículo 22 que son administradores «el representante legal, el liquidador, el factor[[14]](#footnote-14), los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones».

Usualmente, la junta directiva es el primer órgano directivo con miras a la adopción de decisiones estratégicas que permitan la orientación gerencial de la actividad económica, la generación de valor y la gestión de sus riesgos a largo plazo[[15]](#footnote-15). La junta o comisión directiva se encarga entonces, entre otros asuntos, de la designación, evaluación y remoción del personal directivo; la definición, aprobación y seguimiento del plan estratégico, de los objetivos de gestión y presupuesto anual; y de la aprobación de inversiones o desinversiones materiales o estratégicas[[16]](#footnote-16).

También ejercerán actividades de dirección, según lo establece el Decreto 1860 de 2021, quienes lideren áreas misionales. En ese sentido, ejercerán actividades de dirección quienes lideren procesos operativos que resulten claves para la actividad de la persona jurídica de cara a su desempeño y rentabilidad, como por ejemplo la dirección jurídica o la dirección financiera. Estos se diseñan y adaptan al tamaño de la persona jurídica, requerimientos del mercado, a la entrada de insumos y recursos, y a la producción de los bienes o servicios específicos, de manera que pueden resultar diferentes e incluso dinámicos.

En consecuencia con lo anterior, el representante legal y el revisor fiscal serán competentes para expedir la certificación que indique –con base en las circunstancias de cada persona jurídica– cuáles son los cargos del nivel directivo o estratégico, quiénes los conforman, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. Tal certificado deberá contener el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo, anexando copia de los documentos de identidad, contratos de trabajo o certificación laboral con funciones y certificado de aportes a seguridad social del último año.

**2.3. Forma de acreditación de los criterios diferenciales y tratamiento de información clasificada o reservada**

El artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, reglamentó *in extenso* la forma de acreditar las circunstancias, los medios de prueba requeridos en cada evento y las autoridades que pueden emitir estos documentos, por lo que las entidades contratantes deberán acudir a su contenido detallado para la aplicación de cada requisito habilitante y el otorgamiento del puntaje adicional en sus procesos de contratación.

Ahora bien, siempre que la información suministrada contenga datos sensibles de la esfera personal de los titulares de dicha información, esta goza de protección por guardar relación con el derecho fundamental a la intimidad de las personas conforme el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012.

De manera que ello no implica que la información no deba ser suministrada al proceso licitatorio, sino que aun cuando del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual conlleva que todas las entidades estatales publiquen los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación en el SECOP, existen excepciones tanto a la connotación pública de la información utilizada en la actividad contractual de las entidades estatales, como al deber de publicar los documentos del proceso contractual en el SECOP. Según lo disponen los términos de los artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, la ley y el reglamento, ante la presencia o utilización de información de carácter reservada[[17]](#footnote-17), cuyo tratamiento es distinto, se hace de forma separada[[18]](#footnote-18), el deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen.

Lo anterior significa que respecto de la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose, de ser el caso, de publicar los documentos del proceso, algunos de ellos o algunos apartes de dichos documentos en los que se evidencie este tipo de información.

En otras palabras, aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva por disposición constitucional o legal, operan algunas restricciones a su publicidad.

Por ello, el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008; clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 2.2.2.25.1.3., numeral 3 –que compiló al Decreto 1377 de 2013 (art. 3)–, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la reserva de información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de los mismos en caso de que estos no gocen de reserva. Lo anterior, sin perjuicio de que dependiendo de la información en específico todo el documento o expediente deba dejar de publicarse, por ampararse en su integridad en alguna causal de reserva, dada la conexión de su contenido con la información que el constituyente o el legislador decidió limitar en cuanto a su publicidad.

En efecto, de conformidad con la Constitución, la reserva de información pública solo puede crearla el constituyente o el legislador. Además, las Leyes estatutarias 1712 de 2014 y la 1755 de 2015 –que sustituyó los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011– establecen clasificaciones o reservas particulares de información pública, coincidiendo ambas en establecer la clasificación relacionada con la «información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas»[[19]](#footnote-19).

En tal sentido, es posible que en cualquier procedimiento de selección se prescinda de publicar determinada información que esté clasificada o reservada de acuerdo con la Constitución o la ley, por lo que frente a ella debe procederse como lo establece la Ley 1712 de 2014, esto es, cumpliendo todos los deberes establecidos en dicha ley, absteniéndose de publicar la información que esté sometida a alguna de las reservas indicadas, particularmente en los supuestos previstos en las causales de los artículos 18 y 19 de la Ley mencionada.

Finalmente, como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en su «Política de tratamiento y protección de datos personales», «Las Entidades Públicas son las Responsables del Tratamiento de los Datos Personales asociada a sus procesos de contratación en el SECOP». Es así como, según el artículo 3, literal e), de la Ley 1581 de 2012, el «responsable del tratamiento» es la «Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos». En tal sentido, son responsables del tratamiento de los datos en los procesos de contratación tanto los proponentes –en especial, cuando aportan con la oferta datos de personas naturales cuyos datos son objeto de tratamiento–, como las entidades estatales que reciben tales datos.

Para el tratamiento de los datos personales debe garantizarse el «principio de libertad». Según el artículo 4, literal c), de la Ley 1581 de 2012, esto significa que: «El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento». Así mismo, los procedimientos contractuales no están exentos de la autorización previa del titular para el tratamiento de los datos personales[[20]](#footnote-20). Por lo tanto, las entidades estatales deben cerciorarse de que exista la constancia a la que se refiere el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012. Así se deduce del artículo 17, literal b), de la Ley 1581 de 2012, que establece, como deber de los responsables del tratamiento, «Solicitar y conservar […] copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular».

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012 define los «datos sensibles» como:

«[…] aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos».

En principio, el tratamiento de estos datos está prohibido, salvo que se reúnan las circunstancias del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, una de las cuales consiste en que «El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento […]».

Para obtener dicha autorización debe observarse el procedimiento establecido en el artículo 2.2.2.25.2.3 del Decreto 1074 de 2015, según el cual:

«El Tratamiento de los datos sensibles a que se refiere el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012 está prohibido, a excepción de los casos expresamente señalados en el artículo 6 de la citada ley.

En el Tratamiento de datos personales sensibles, cuando dicho Tratamiento sea posible conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, deberán cumplirse las siguientes obligaciones:

1. Informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su Tratamiento.

2. Informar al titular de forma explícita y previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier tipo de dato personal, cuáles de los datos que serán objeto de Tratamiento son sensibles y la finalidad del Tratamiento, así como obtener su consentimiento expreso.

Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles.»

De lo anterior puede concluirse que los datos personales contenidos en las ofertas, incluidos los de naturaleza sensible, deben respetar las normas sobre tratamiento de datos contenidas en la Ley 1581 de 2012, en el Decreto 1074 de 2015 y en las que los modifiquen o complementen. En estas disposiciones se encuentra el deber de los responsables y encargados del tratamiento de obtener la autorización por parte del titular, consentimiento que debe ser expreso. Además, debe quedar constancia de él para su consulta posterior. Los particulares que participan en la actividad contractual del Estado, presentando ofertas o en calidad de contratistas, son responsables del tratamiento de los datos personales y son los primeros obligados a contar con la autorización previa del titular de los datos, para hacer uso de documentos como hojas de vida, certificados o, en general, datos personales. Las entidades estatales interesadas en contratar bienes o servicios son también responsables y deben cerciorarse de que exista la constancia de la autorización de las personas naturales titulares de los datos, tal como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente en su «Política de tratamiento y protección de datos personales».

En ese orden, resulta relevante revisar las disposiciones alusivas que se encuentren dentro del documento tipo aplicable al proceso de selección de que se trate. Así, por ejemplo, el Documento Base de licitación de obra pública de infraestructura del transporte (versión 3) establece lo siguiente en su numeral 1.1:

«**1.1. INFORMACIÓN RESERVADA**

Si dentro del Sobre 1 de la propuesta el proponente incluye información que conforme a la ley colombiana tiene el carácter de información reservada, este debe manifestar esta circunstancia con claridad y precisión en el Formato 1 – Carta de Presentación de la Oferta, identificando el documento o información que considera goza de reserva, citando expresamente la disposición legal que lo ampara. Sin perjuicio de lo anterior y para evaluar las propuestas, la entidad se reserva el derecho de dar a conocer la mencionada información a sus funcionarios, empleados, contratistas, agentes o asesores.

En todo caso, la entidad, sus funcionarios, sus empleados, contratistas, agentes y asesores están obligados a mantener la reserva de la información que, por disposición legal, tenga dicha calidad y que haya sido identificada por el proponente».

En armonía con lo anterior, el “Formato 1 – Carta de presentación de la oferta”, en el numeral 21 establece:

«21. Incluir numeral cuando la oferta contiene información reservada] La oferta contiene información reservada en los siguientes folios [Incluir los folios o el número de folios donde se encuentra la información reservada] de acuerdo con la Ley [Incluir la norma que le otorga el carácter de reservado]».

Conforme lo dispuesto, por un lado, el proponente tiene el deber de indicar con claridad y precisión la información reservada y su fundamento legal, y por el otro, la entidad tiene el deber de guardar reserva de la información frente al público más no frente a sus funcionarios, empleados, contratistas, agentes y asesores. Disposición similar se encuentra en los documentos base de los demás documentos tipo.

En este mismo sentido, la Circular Externa Única establece lo siguiente en su numeral 11.2 en relación con la publicación de las ofertas tras el cierre del proceso de selección:

«Publicación de las ofertas. Con fundamento en el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas, las Entidades Estatales, después de ocurrido el cierre del Proceso, *deben entregar las copias que se soliciten de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en el SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal.*

En los Procesos de Contratación que se publiquen en el SECOP I las Entidades Estatales expedirán, a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, *respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios*.

En los Procesos de Contratación que se adelanten en el SECOP II, la Entidad Estatal dará a conocer las ofertas presentadas en el Proceso de Contratación, haciendo clic en la opción «publicar ofertas» para que sean visibles a todos los proponentes. *En los eventos en los que se presenten documentos con información reservada, el SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen*».

De esta manera, tratándose datos sensibles, la entidad no puede divulgarlos por las razones expuestas en el presente concepto. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos.

**3. Respuesta**

«Pregunta 1. ¿Corresponden estos cargos al Organigrama general de la organización y hasta que nivel hay que registrar esta información?

(…)

¿Cómo se determina cuáles son los cargos misionales de la empresa, por ejemplo, una empresa de construcción, cuando finalmente su objeto misional corresponde a la construcción de vías, edificaciones u otros y en el organigrama se incluyen cargos directivos necesarios para el desarrollo de la empresa, como por ejemplo la Dirección Financiera O Contabilidad? ¿Este tipo de cargos también se definen como misionales?

(…)

b. ¿Se deben incluir los cargos de los organigramas de las obras?»

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 –que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 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.

Teniendo en cuenta el objeto de la presente consulta, resulta relevante el análisis del numeral segundo del artículo antes citado, según el cual, tratándose de personas jurídicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que en las que por lo menos la mitad de las personas que ocupan cargos directivos sean mujeres y los hayan desempeñado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

Para la acreditación de este requisito la norma establece que deben entenderse como *empleos del nivel directivo* aquellos relacionados con la dirección de áreas misionales y la toma de decisiones estratégicas. Además, que también lo serán aquellos que 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. En relación con lo anterior, el artículo 196 del Código de Comercio establece que «[L]a representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad […]». En ese orden, el contrato social indica cuáles son los cargos mediante los que se ejerce la dirección, administración y control de la empresa. No obstante, con respecto a la administración, la Ley 222 de 1995 establece en su artículo 22 que son administradores «el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones».

Usualmente, la junta directiva es el primer órgano directivo con miras a la adopción de decisiones estratégicas que permitan la orientación gerencial de la actividad económica, la generación de valor y la gestión de sus riesgos a largo plazo[[21]](#footnote-21). La junta o comisión directiva se encarga entonces, entre otros asuntos, de la designación, evaluación y remoción del personal directivo; la definición, aprobación y seguimiento del plan estratégico, de los objetivos de gestión y presupuesto anual; y de la aprobación de inversiones o desinversiones materiales o estratégicas[[22]](#footnote-22).

También ejercerán actividades de dirección, según lo establece el Decreto 1860 de 2021, quienes lideren áreas misionales y quienes lideren procesos operativos que resulten claves para la actividad de la persona jurídica de cara a su desempeño y rentabilidad, tales como la dirección jurídica o la dirección financiera de la empresa. Estos se diseñan y adaptan al tamaño de la persona jurídica, requerimientos del mercado, a la entrada de insumos y recursos, y a la producción de los bienes o servicios específicos, de manera que pueden resultar diferentes e incluso dinámicos. En este sentido, corresponderá a cada proponente, atendiendo a sus circunstancias particulares, señalar cuáles son sus cargos del nivel directivo.

«*Si se opta por una certificación ¿Las certificaciones Laborales deben tener alguna condición especifica como fecha de expedición, firma, etc.?*

(…)

*Finalmente, ¿cómo el evaluador determina objetivamente si la información entregada es suficiente para acreditar esta condición, teniendo en cuenta que este es un criterio que da puntaje y no puede ser adicionado o rectificado?*»

Una vez cumplidos los requisitos expuestos en la respuesta anterior, el representante legal y el revisor fiscal, si existe este último en la sociedad, serán competentes para expedir la certificación que indique, con base en las circunstancias de cada persona jurídica, cuáles son los cargos del nivel directivo o estratégico, quiénes los conforman, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. Tal certificado deberá contener el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo, anexando copia de los documentos de identidad, contratos de trabajo o certificación laboral con funciones y certificado de aportes a seguridad social del último año. Con ello el evaluador entenderá cumplidos los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

«*a. ¿teniendo en cuenta que los contratos laborales contienen información personal del trabajador, esta información puede estar tachada o restringida?*»

Como se explicó en la parte considerativa de este concepto, tratándose datos sensibles, si bien el proponente debe suministrar la información exigida en el respectivo procedimiento de selección, con la finalidad de acreditar distintos requisitos del mismo, la entidad tiene el deber de abstenerse de divulgarla. En ese sentido, al cumplir con el deber de publicidad en el SECOP conforme a los artículos 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe abstenerse de publicar los documentos que contengan datos sensibles relacionados con la acreditación de los criterios diferenciales, en caso de que efectivamente contengan información sensible, y debe tomar las medidas necesarias para que la publicación de los Documentos del Proceso no conduzca la divulgación de estos. Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el tratamiento de esta información se remite al peticionario a las consideraciones realizadas en el numeral 2.3 de este concepto donde se señaló la regulación contenida en la Circular Externa Única y en los documentos tipo en relación con el tratamiento de la información reservada contenida en las ofertas.

«*Por otra parte, si la condición solicitada con el Formato F12A es acreditada por una empresa que por tamaño se define como gran empresa, ¿Se está cumpliendo con lo solicitado en el numeral 4.6 del pliego para otorgar el puntaje de 0.25 en el total de los puntos de la licitación, teniendo en cuenta la condición de participación dentro del proponente plural?*»

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 basta con el cumplimiento de alguno de los cuatro supuestos mencionados en el artículo para acreditar la condición de emprendimiento o empresas de mujeres. En el caso en comento, bastaría con que el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres, cumpliendo con las demás circunstancias y requisitos para su acreditación, sin que el tamaño empresarial impida el cumplimiento de dichas exigencias.

De otro lado, se aclara que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, 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 establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 y que tiene una participación igual o superior al 10% en el consorcio o la unión temporal.

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

Atentamente,

Texto, Carta

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Carlos Covilla Martínez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector 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. Ejercen su actividad a través del contrato de preposición establecido en los artículos 1332 y siguientes del Código de Comercio. «*Artículo 1332. PREPOSICIÓN. La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, el mandatario se le llamará factor.*» [↑](#footnote-ref-14)
15. Código País. Código de mejores prácticas corporativas. ANDI, Asobancaria, Asofiduciarias, Asofondos, Bolsa de Valores de Colombia, Confecámaras, Fasecolda, Comité de Emisores de la Bolsa de Valores de Colombia, CAF y Superintendencia Financiera de Colombia. 2014. (En línea). Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/industrias-supervisadas/gobierno-corporativo/codigo-pais-61162> [↑](#footnote-ref-15)
16. Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para Empresas Competitivas, Productivas y Perdurables. Cámara de Comercio de Bogotá, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio y Superintendencia de Sociedades. 2020. (En línea). Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/GUIA-GOBIERNO-CORPORATIVO-2020.pdf> [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1437 de 2011 «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

    1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

    2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

    3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

    4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

    5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

    6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

    7. Los amparados por el secreto profesional.

    8. Los datos genéticos humanos.

    Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información». [↑](#footnote-ref-17)
18. Resultan relevantes las consideraciones expuestas en el concepto C- 322 del 16 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005088–, sobre la aplicación del artículo 36 del CPACA en torno al manejo de información reservada en cuadernos separados: «tratándose de información sometida a reserva, considera esta Agencia que el tratamiento que corresponde a esta información es el procedente a partir de lo dispuesto en el artículo 36 del CPACA sobre la formación y examen de expedientes, en el que se establece que los documentos sometidos a reserva deberán insertarse en un cuaderno separado del expediente principal, el cual no podrá ser consultado por la ciudadanía o interesados en general. El manejo de estos documentos conforme lo indica esta norma, permite guardar la reserva a la que están sometidos dichos documentos en el marco de procesos de contratación, sin que se vean lesionados los intereses de los titulares de la información o contrariadas las normas del régimen de protección de datos personales». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 1712 de 2014. «Art. 18 Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

    a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.».

    De otro lado, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015 establece: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

    »4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.». [↑](#footnote-ref-19)
20. En efecto, el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 establece las siguientes excepciones, entre las cuales no se encuentra la actividad contractual del Estado: «La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

    a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

    b) Datos de naturaleza pública;

    c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

    d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

    e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

    Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley». [↑](#footnote-ref-20)
21. Código País. Código de mejores prácticas corporativas. ANDI, Asobancaria, Asofiduciarias, Asofondos, Bolsa de Valores de Colombia, Confecámaras, Fasecolda, Comité de Emisores de la Bolsa de Valores de Colombia, CAF y Superintendencia Financiera de Colombia. 2014. (En línea). Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/industrias-supervisadas/gobierno-corporativo/codigo-pais-61162> [↑](#footnote-ref-21)
22. Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para Empresas Competitivas, Productivas y Perdurables. Cámara de Comercio de Bogotá, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio y Superintendencia de Sociedades. 2020. (En línea). Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/GUIA-GOBIERNO-CORPORATIVO-2020.pdf> [↑](#footnote-ref-22)