CCE-DES-FM-17

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales**

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, tampoco puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

**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 numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley, potestad que fue ejercida mediante la expedición del Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

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

[…] 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 denominados «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. Así mismo, 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, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– 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 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 II 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.

**DECRETO 1860 DE 2021 – Vigencia**

[…] Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual prescribe 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 comenzó una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes –según corresponda– sean publicados con posterioridad a dicho momento, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente.

**DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Numerales 1 y 2 - Acreditación**

[…] 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.

[…] de acuerdo con la revisión de todos los numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 es posible advertir que para cada uno de estos fueron expresamente establecidos los documentos que sirven como medio para su acreditación. De este modo dichos documentos 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 las definiciones establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, les corresponde presentar la mencionada certificación con sus respectivos soportes.

[…] Conviene destacar que los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, certificaciones emitidas bajo la gravedad del juramento. Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las entidades estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

Bogotá D.C, 28 de diciembre de 2022



Señor

**Daniel Camilo Roa Chaparro**

Ciudad

 **Concepto C ‒ 918 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / 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 / DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Numerales 1 y 2 – Acreditación  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20221124011721 |

Estimado señor Roa:

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 24 de noviembre de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«[…]

1.) El proyecto pliego condiciones indica: (…) 8.1.5. Incentivo a la participación de emprendimientos y empresas de mujeres (0,25 puntos)

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. (subrayado y negrilla fuera de texto). (…)

Conforme a lo expuesto anteriormente, me permito presentar las siguientes consultas:

• Se me informe si para dicha acreditación ¿Es dable realizar la presentación de contratos o adicional a ello, para el cumplimiento de este criterio, las mujeres de las que son objeto en esta consulta, deben ser accionistas o asociados que tengan directa o indirectamente más del 50% del capital social, aporte o participación en la empresa?

• Para acreditar este criterio de asignación de puntaje, ¿Es requisito que, dentro de los estatutos de la empresa, deba estar consolidado una junta directiva y que dentro de ella se establezca quienes hacen parte de esta directriz?

• Para el cumplimiento de este requisito de asignación de puntaje, ¿Es requisito que, dentro del Certificado de Existencia y Representación Legal, las mujeres deban estar acreditadas o consagradas con cargos relacionados a Gerentes, Subgerentes, Representante legal Suplente, ¿entre otros?» [SIC]

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los numeral 5° del artículo 3 y 8° del artículo 11 del Decreto Ley 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.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, en desarrollo del presente concepto, se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; y ii) definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021.

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, y su decreto reglamentario, 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 y C-031 del 1 de marzo de 2022, C-213 del 21 de abril de 2022, C-217 del 21 de abril de 2022, C-281 del 12 de mayo de 2022, C-322 del 20 de mayo de 2022, C-323 del 17 de junio de 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022, C-398 del 15 de junio de 2022, C-399 del 21 de junio de 2022, C-421 del 6 de julio de 2022, C-429 del 18 de julio de 2022, C-438 del 11 de julio de 2022, C-454 del 13 de julio de 2022, C-476 del 21 de junio de 2022, C-479 del 26 de julio de 2022, C-504 del 8 de agosto de 2022, C-522 del 16 de agosto de 2022, C-642 del 11 de octubre de 2022, C-696 de 26 de octubre de 2022 y C-781 de 25 de noviembre de 2022, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan en lo pertinente a continuación.

**2.1.** **Vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales y puntajes adicionales introducidos por 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 numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley, potestad que fue ejercida mediante la expedición del Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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 II –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[[8]](#footnote-9).

Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, los cuales 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 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».

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 y puntajes adicionales 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:

«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».

De esta manera, los denominados «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. Así mismo, 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, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– 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 la potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las entidades estatales deben aplicar los criterios diferenciales establecidos en el 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 II 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 incluyendo los puntajes adicionales y regula su aplicación.

Al respecto y para efectos de la consulta realizada, se hace especial énfasis en que la referida norma dispuso los criterios diferenciales, que incluyen tanto las condiciones habilitantes como los *puntajes adicionales*, señalando expresamente que aplican a los procesos contractuales donde se utilice el procedimiento de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos. Sin perjuicio de lo anterior, la norma también señaló que aplicarían en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP–. Es importante señalar que los procesos en los que aplican estos criterios diferenciales estaban previamente definidos por el legislador en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[11]](#footnote-12).

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

Igualmente, el decreto establece que, con excepción de los procedimientos de selección donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las entidades otorgarán un *puntaje adicional* de hasta el cero coma veinticinco por ciento (0,25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

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

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

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

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual prescribe 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 comenzó una vez transcurridos tres (3) meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes –según corresponda– sean publicados con posterioridad a dicho momento, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente[[12]](#footnote-13).

**2.2. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021. Acreditación de criterios establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015**

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 establece 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 EGCAP, *requisitos habilitantes diferenciales* y *puntajes adicionales* en favor de los 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 y contratación estatal, 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 emprendimientos y empresas de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro (4) numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales, en los siguientes términos:

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

*1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.*

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

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

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

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

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

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

Parágrafo. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección» [Énfasis fuera de texto].

De acuerdo con lo establecido en este artículo, para efectos de la aplicación de los criterios diferenciales en el sistema de compras públicas, en los términos del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, son considerados emprendimientos y empresas de mujeres aquellas personas jurídicas o naturales que cumplan con alguno de los cuatro supuestos de hecho previstos en la norma citada y acrediten estos supuestos con los documentos previstos para ello.

Teniendo en cuenta el objeto de la consulta, resulta relevante el análisis de los criterios definidos en los numerales primero y segundo del artículo precitado, para lo cual se precisa que, por una parte, el *numeral primero*  establece como criterio que «*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».* (Cursiva fuera del texto).

De acuerdo con lo establecido en este numeral, una sociedad podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones, partes de interés o cuotas de participación, pertenezcan a mujeres. Sin embargo, el supuesto de hecho de la norma transcrita, adicionalmente, exige que la titularidad de tal participación haya pertenecido a mujeres, por lo menos, durante el año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

Esto quiere decir que, no basta con que la participación en una sociedad sea 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 participación mayoritaria se haya mantenido como mínimo durante el periodo de un (1) año, contado a partir de la fecha de cierre del proceso de selección. De esta manera, el primer 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, no cuenten con el requerimiento del tiempo mínimo de un (1) año.

Así mismo, debe precisarse que la participación mayoritaria de mujeres puede ser ejercida por diferentes personas durante el último año, siempre que durante dicho periodo la participación *mayoritaria* de mujeres se haya mantenido, aunque se trate de mujeres distintas. En tal sentido, se cumple con la norma, toda vez que la finalidad y alcance es que la titularidad mayoritaria por un (1) año sea ejercida por mujeres, a pesar de que cambien las propietarias de las partes de interés o cuotas de participación. En este caso se hace una interpretación del precitado numeral, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 28 del Código Civil que dispone: «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

Como medio para la acreditación de este criterio, señala la normativa referida que: *«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»*.

Por su parte, el *numeral segundo*, establece que, otra alternativa tratándose de personas jurídicas, según la cual debe cumplirse con las siguientes condiciones para ser consideradas empresas y emprendimientos de mujeres y, en consecuencia, ser destinatarias de los criterios diferenciales de que trata el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento: i) cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo sean ejercidos por mujeres, ii) estas hayan estado vinculadas laboralmente en dichos cargos y iii) que esta vinculación haya permanecido, al menos, el año inmediato anterior a la fecha del cierre del proceso de selección.

Los «empleos del nivel directivo» a los que se refiere la norma son aquellos relacionados con la dirección de áreas misionales y las decisiones de nivel estratégico de la respectiva persona jurídica. 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[[13]](#footnote-14).

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[[14]](#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[[15]](#footnote-16).

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.

Así las cosas, 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. Así mismo, se excluyen las personas vinculadas mediante figuras jurídicas diferentes a un contrato de trabajo, como es el caso de los contratos de prestación de servicios. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la disposición en estudio indica que la vinculación de las mujeres en los cargos directivos de la persona jurídica debe ser de índole laboral, al establecer de forma expresa: «[…] *hayan estado vinculadas laboralmente* […]»

Al igual que lo establecido en el numeral primero, no basta con que los cargos directivos en una sociedad sean mayoritariamente de mujeres para que sea considerada como un emprendimiento o empresa a las que se refiere la norma, sino que además es necesario que dicha vinculación mayoritaria de mujeres en los empleos del nivel directivo de la persona jurídica se haya mantenido como mínimo durante el periodo de un (1) 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 (1) 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 debe 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. Nótese incluso que, el inciso cuarto del numeral segundo del artículo que se viene analizando, cuando enumera los documentos a través de los cuales se acredita la condición de emprendimiento y empresa de mujeres, establece que se debe aportar copia de los contratos de trabajo o de certificación laboral, con lo cual es claro que solo se entenderá que cumplen con los requisitos para ser considerada como emprendimiento o empresa de mujeres si la vinculación a cargos del nivel directivo se realiza mediante un contrato de trabajo.

Así pues, de acuerdo con la revisión de todos los numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 es posible advertir que para cada uno de estos fueron expresamente establecidos los documentos que sirven como medio para su acreditación. De este modo dichos documentos 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 las definiciones establecidas en los numerales primero y segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.14, les corresponde presentar la mencionada certificación con sus respectivos soportes.

Lo anterior, sin perjuicio de lo determinado en forma particular en el numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.14, en cuanto se refiere a que adicionalmente a la presentación de la certificación, esta debe acompañarse de las copias de los documentos de identidad, 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. En todo caso, es deber de la Entidad Estatal 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.

Conviene destacar que los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, certificaciones emitidas bajo la gravedad del juramento. Por tanto, teniendo en cuenta i) que el reglamento define los documentos que demuestran las circunstancias reguladas en los artículos 2.2.1.2.4.2.14. y 2.2.1.2.4.2.15., ii) que las Entidades Estatales deben presumir la buena fe, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Política, y que iii) los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohíben implementar trámites o requisitos que las normas no incluyen, como garantía del principio de economía, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Lo anterior se indica, sin perjuicio del deber de verificación, ante las inconsistencias evidenciadas, o de denuncia de la posible falsedad de los documentos advertida durante el procedimiento contractual.

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 (1) año contado hasta la fecha de cierre, para lo cual 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 segundo 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.

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 a efectos de determinar si cada uno de ellos puede ser considerado del nivel directivo en virtud de las funciones que tenga asignadas.

Finalmente, y para efectos de la consulta realizada, se concluye que, conforme se había indicado en los apartes anteriores, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015[[16]](#footnote-17), adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con alguna de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. Del mismo modo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 también regula un puntaje adicional de hasta el cero coma veinticinco por ciento (0,25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. En todo caso, para la aplicación tanto de los criterios diferenciales como para la asignación de puntajes adicionales, señala la referida norma que, los proponentes deberán acreditar alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 y ello deberá realizarse con los documentos y términos allí relacionados.

**3. Respuestas**

«[…]

1.) El proyecto pliego condiciones indica: (…) 8.1.5. Incentivo a la participación de emprendimientos y empresas de mujeres (0,25 puntos)

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. (subrayado y negrilla fuera de texto). (…)

Conforme a lo expuesto anteriormente, me permito presentar las siguientes consultas:

• Se me informe si para dicha acreditación ¿Es dable realizar la presentación de contratos o adicional a ello, para el cumplimiento de este criterio, las mujeres de las que son objeto en esta consulta, deben ser accionistas o asociados que tengan directa o indirectamente más del 50% del capital social, aporte o participación en la empresa?

• Para el cumplimiento de este requisito de asignación de puntaje, ¿Es requisito que, dentro del Certificado de Existencia y Representación Legal, las mujeres deban estar acreditadas o consagradas con cargos relacionados a Gerentes, Subgerentes, Representante legal Suplente, ¿entre otros?» -Sic-

Para efectos prácticos estas preguntas se agrupan por unidad de materia, y se precisa que, las competencias de esta Agencia, conforme lo establecido en el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto-Ley 4170 de 2011, impide resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal ya que el legislador extraordinario, 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. En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

Para el efecto, y conforme a lo expuesto en los apartes anteriores, se precisa que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con alguna de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. Del mismo modo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 también regula un puntaje adicional de hasta el cero coma veinticinco por ciento (0,25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. Para la aplicación tanto de los criterios diferenciales como para la asignación de puntajes adicionales, señala la referida norma que, los proponentes deberán acreditar alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 y ello deberá realizarse con los documentos y términos allí relacionados.

En tal sentido, el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, establece diferentes definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de la aplicación de los criterios diferenciales y asignación de puntajes adicionales a los que se refiere el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

Así pues, de acuerdo con la revisión de todos los numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 es posible advertir que para cada uno de estos fueron expresamente establecidos los documentos que sirven como medio para su acreditación. De este modo dichos documentos 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 y *puntajes adicionales* 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 las definiciones establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, les corresponde presentar las certificaciones allí señaladas con sus respectivos soportes.

Para el caso particular del *numeral primero* del referido artículo 2.2.1.2.4.2.14 se establece el siguiente supuesto de hecho frente al cual se considera que un proponente ostenta la calidad de emprendimiento y/o empresa de mujer «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», y dispone que se deberá acreditar esta circunstancia 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.

A su vez, el *numeral segundo,* contentivo del supuesto en el cual se considera emprendimiento y/o empresa de mujer cuando en la persona jurídica al menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo 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, establece la forma en que se realizará la acreditación de esta circunstancia, definiendo 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. Adicionalmente, establece el numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.14, que dicha certificación deberá acompañarse de las copias de los documentos de identidad, 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.

Conforme a lo anterior, se concluye que el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, establece cuatro (4) criterios alternativos con los que deben cumplir las personas naturales y/o jurídicas para ser consideradas emprendimientos y empresas de mujeres. Para el caso de las personas jurídicas, el referido decreto consagra dos (2) supuestos de hecho frente a los cuales se puede considerar que un proponente es emprendimiento o empresa de mujeres, los cuales operan de forma independiente. Al respecto debe señalarse que la norma no exija que la persona jurídica acredite que cumple de forma simultanea con las condiciones establecidas en los numerales primero y segundo, pues al ser condiciones alternativas como se expuso previamente basta con que acredite alguna de las dos.

Así mismo, la norma en estudio 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, sin que en ella se establezca la necesidad de registro alguno en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio, 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. Lo anterior como quiera que, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, no le está dado a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente definir aspectos adicionales a los contemplados en la normativa enunciada, ya que el legislador 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. Por lo tanto, la presente interpretación además se impone en virtud de aquella regla según la cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

«• Para acreditar este criterio de asignación de puntaje, ¿Es requisito que, dentro de los estatutos de la empresa, deba estar consolidado una junta directiva y que dentro de ella se establezca quienes hacen parte de esta directriz?»

El numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 frente al criterio en atención al cual se 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 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 de establecer los medios para la acreditación de dicha circunstancia, dispone los criterios para determinar cuáles son los empleos del nivel directivo que las tareas asignadas a los mismos se relacionen con el ejercicio de funciones directivas, la toma de decisiones de nivel estratégico y la representación del empleador.

En tal sentido, la norma en mención señala 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 señala que 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, es el contrato social el que 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, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones».

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.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Fabiola Herrera Hernández Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucía SaavedraContratista de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel Mendoza Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Cármen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE  |

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. Ley 2069 de 2020, artículo 32: «ARTÍCULO 32. CRITERIOS DIFERENCIALES PARA EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES EN EL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales *en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos*, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

»PARÁGRAFO 1o. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-12)
12. 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-13)
13. 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-14)
14. 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)
15. 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)
16. Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021: «Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

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

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

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

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

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

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

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

»Parágrafo 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-17)