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

La norma en cita incluye que 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. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015 estableció las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres a efectos de aplicar los criterios diferenciales.

**EMPRENDIMIENTO DE MUJERES – Aplicación de criterios- Entidades sin ánimo de lucro**

Como se puede observar, si bien la primera opción está dirigida a personas jurídicas en general, la norma establece una acreditación especial y es la de demostrar que el cincuenta por ciento (50 %) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenecen a mujeres. Además, se deberá acreditar también que los derechos de propiedad sobre las acciones, partes de interés o cuotas de participación han pertenecido a estas mujeres, durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Contratación.

Por lo tanto, en la práctica, este numeral en principio no puede ser utilizado por entidades sin ánimo de lucro, toda vez que las acciones, partes de interés o cuotas de participación son características propias de las formas de división del capital social de las sociedades, como puede observarse en el libro segundo del Código de Comercio.

Sin embargo, previendo ello, el numeral 4 de la norma previamente citada contempló que los proponentes que sean asociación o cooperativa, conforme a los Decretos 1529 de 1990 y 059 de 1991 y el Código Civil, podrán acreditar que su propuesta es presentada por un emprendimiento y/o empresa de mujeres a través de certificación del representante legal que manifieste lo anterior bajo gravedad de juramento, al certificar que el cincuenta por ciento (50 %) de los asociados son mujeres y que la participación de estas en la asociación o cooperativa ha permanecido durante al menos el último año anterior contado a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación, sin que establezca la obligación de aportar documentación adicional.

En esta opción, se excluyó explícitamente a las fundaciones y a las otras entidades sin ánimo de lucro que no sean las asociaciones (entiéndase dentro de las asociaciones a las corporaciones)2 y las cooperativas, puesto que se parte de la naturaleza jurídica de este tipo de personas jurídicas, se conforma desde el acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico, que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular, pero cuya base fundamental para su existencia son las personas que lo conforman. Por el contrario, si bien las fundaciones nacen del acuerdo de voluntad irrevocable de sus fundadores, la base fundamental para su existencia es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – aplicación de la opción 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015**

En cuanto al criterio numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, el primer inciso sería plausible concluir que su aplicación resulta posible respecto de las entidades sin ánimo de lucro, incluyendo a las fundaciones, comoquiera que este criterio, no puede ser dirigido a las sociedades regidas por la legislación comercial, sino en general a todas las personas jurídicas. Lo anterior por cuanto, si bien el segundo inciso explica que puede entenderse por cargo directivo, lo cierto es que trae consigo una referencia tanto para el nivel jerárquico en las empresas, como también para aquellos cargos que por su jerarquía desempeñan funciones orientadas a representar el empleador, definición última que puede ser totalmente aplicable a las entidades sin ánimo de lucro, incluidas entre estas a las fundaciones.

(…)

Por otro lado, respecto del numeral 4 se reitera que resulta aplica de manera exclusiva a asociaciones (o corporaciones) y cooperativas, personas jurídicas sin ánimo de lucro distinto al de las fundaciones. En esta opción, se excluyó explícitamente a las fundaciones y a las otras entidades sin ánimo de lucro que no sean las asociaciones (entiéndase dentro de las asociaciones a las corporaciones) y las cooperativas, puesto que se parte de la naturaleza jurídica de este tipo de personas jurídicas, se conforma desde el acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico, que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular, pero cuya base fundamental para su existencia son las personas que lo conforman. Por el contrario, si bien las fundaciones nacen del acuerdo de voluntad irrevocable de sus fundadores, la base fundamental para su existencia es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

Bogotá D.C., 3 de octubre de 2023

Señora

María Elsy Prisco Vásquez

Representante legal

Centro Empresarial Educativo - CORPOCEMPED

Segovia, Antioquía

 **Concepto C ‒ 297 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020– Finalidad / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 32 – Criterios diferenciales – Emprendimientos de mujeres – Empresas de mujeres – Necesidad de reglamentación – Decreto 1860 de 2021 / DECRETO 1860 DE 2021 – Vigencia / EMPRENDIMIENTO DE MUJERES – Aplicación de criterios- Entidades sin ánimo de lucro /ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – aplicación de la opción 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230814014199 |

Estimada Señora Prisco:

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 14 de agosto de 2023.

1. **Problema planteado**

En su solicitud Usted indaga sobre la aplicación de los incentivos para los emprendimientos y empresas de mujeres contemplados en la Ley 2069 de 2021 y el Decreto 1860 de 2021, respecto de las personas jurídicas de carácter privado, sin ánimo de lucro – ESAL, con relación a las siguientes circunstancias:

“1) Las diversas interpretaciones que le dan las entidades públicas a la condición: i. 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; NO PERMITEN a las ESAL (Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones), acceder a los incentivos contemplados en la ley 2069 de 2021 y decreto 1860 de 2021 para los emprendimientos y empresas de mujeres, por el solo hecho de ser una ESAL, desconociendo que estas entidades, al igual que las sociedades comerciales, las ESALs son Personas Jurídicas.

2) Las diversas interpretaciones que le dan las entidades públicas a la condición: iv. 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. NO PERMITEN a las CORPORACIONES, creadas como Entidades de carácter privado sin Ánimo de Lucro - ESAL, acceder a los incentivos contemplados en la ley 2069 de 2021 y decreto 1860 de 2021 para los emprendimientos y empresas de mujeres, toda vez que, según la entidad pública, solo pueden ACREDITAR la condición citada, solo las ESALs que estén creadas como ASOCIACIONES o FUNDACIONES a dicho incentivos”. (Sic)

1. **Consideraciones**

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 la Agencia 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.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

En este contexto, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción a las preguntas de casos particulares expuestos, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas:

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) incentivos para empresas y emprendimientos de mujeres en el sistema de compras y contratación pública; y ii) aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres respecto de las personas jurídicas de carácter privado, sin ánimo de lucro – ESAL

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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 2015, C-031 del 1 de marzo de 2022, C-217 del 21 de abril de 2022, C-476 del 21 de junio 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-509 de 8 de agosto de 2022, C-522 del 16 de agosto de 2022, C-533 de 25 de agosto de 2022, C-587 del 21 de septiembre de 2022, C-650 de 6 de octubre de 2022, C-698 de 24 de octubre de 2022, C-715 del 4 de noviembre de 2022, C-752 del 21 de diciembre de 2022, C-048 del 12 de abril de 2023, C-058 del 10 de mayo de 2023 y C-274 de 14 de julio de 2023, entre otros[[1]](#footnote-2), se ha pronunciado sobre lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, alusivo a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Incentivos para empresas y emprendimientos de mujeres en el sistema de compras y contratación pública**

El artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 incorporó en nuestro ordenamiento jurídico criterios diferenciales para los “emprendimientos y empresas de mujeres” en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

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

 La norma en cita incluye que 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. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el Decreto 1860 de 2021 que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015 estableció las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres a efectos de aplicar los criterios diferenciales. Para la consulta es relevante analizar los numerales 1, 2 y 4, cuyo tenor indica lo siguiente:

“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.

(…)

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

Como se puede observar, si bien la primera opción está dirigida a personas jurídicas en general, la norma establece una acreditación especial y es la de demostrar que el cincuenta por ciento (50 %) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenecen a mujeres. Además, se deberá acreditar también que los derechos de propiedad sobre las acciones, partes de interés o cuotas de participación han pertenecido a estas mujeres, durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Contratación.

Por lo tanto, en la práctica, este numeral en principio no puede ser utilizado por entidades sin ánimo de lucro, toda vez que las acciones, partes de interés o cuotas de participación son características propias de las formas de división del capital social de las sociedades, como puede observarse en el libro segundo del Código de Comercio.

Sin embargo, previendo ello, el numeral 4 de la norma previamente citada contempló que los proponentes que sean asociación o cooperativa, conforme a los Decretos 1529 de 1990 y 059 de 1991 y el Código Civil, podrán acreditar que su propuesta es presentada por un emprendimiento y/o empresa de mujeres a través de certificación del representante legal que manifieste lo anterior bajo gravedad de juramento, al certificar que el cincuenta por ciento (50 %) de los asociados son mujeres y que la participación de estas en la asociación o cooperativa ha permanecido durante al menos el último año anterior contado a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación, sin que establezca la obligación de aportar documentación adicional.

En esta opción, se excluyó explícitamente a las fundaciones y a las otras entidades sin ánimo de lucro que no sean las asociaciones (entiendase dentro de las asociaciones a las corporaciones)[[2]](#footnote-3) y las cooperativas, puesto que se parte de la naturaleza jurídica de este tipo de personas jurídicas, se conforma desde el acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico, que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular, *pero cuya base fundamental para su existencia son las personas que lo conforman.* Por el contrario, si bien las fundaciones nacen del acuerdo de voluntad irrevocable de sus fundadores, la base fundamental para su existencia es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico contempló la opción 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 para acreditar la condición de emprendimiento y empresa de mujer según el porcentaje de empleos de nivel directivo mujeres, es importante precisar que esta opción permite certificar y relacionar los empleos de dirección de áreas misionales y de decisiones de nivel estratégico de la respectiva persona jurídica, sin que se hiciese distinción alguna para su aplicación. De esta manera, esta opción puede ser utilizado por cualquier persona jurídica, (entiendase incluida las fundaciones) con independencia de si tienen o no ánimo de lucro, pues lo único que se exige mediante esta disposición es relacionar, con independencia de la denominación del cargo, aquellos empleos que por su naturaleza son de nivel directivo, bien porque se encuentra en un nivel especial de mando o porque, de acuerdo con su jerarquía, representan al empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo[[3]](#footnote-4) dentro de dicha persona jurídica, que sean ocupados por mujeres mediante contrato laboral, como mínimo durante el periodo de un [1] año, contado a partir de la fecha de cierre del proceso de selección.

Al respecto, resulta necesario precisar que el tiempo mínimo de permanencia en el cargo directivo se predica únicamente frente a las mujeres que la integran y no respecto de todos los miembros. A su vez, 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.

**2.2. Aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres respecto de las personas jurídicas de carácter privado, sin ánimo de lucro – ESAL**

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

 En desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015. Esta norma, como pudo observarse en el acápite anterior, estableció las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen cuando una persona es condiderada una empresas o emprendimiento de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales dependiendo de la naturaleza jurídica de los proponentes y las alternativas que a su criterio desean aplicar.

 Nótese que la norma no establece limitaciones respecto de algún tipo de sujeto en particular, limitándose a establecer unos criterios que son aplicables a personas naturales o jurídicas según su naturaleza jurídica. En ese sentido, para establecer si a un proponente le es aplicable la norma bajo estudio es necesario detenerse a revisar si cumple con alguno de los numerales.

 Las señaladas definiciones son determinantes para la aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres que deben incluir las entidades estatales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como a las entidades exceptuadas en los procesos competitivos que adelanten, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-5). En ese sentido, los requisitos habilitantes diferenciales que establezcan las entidades en materia de tiempo de experiencia de experiencia, número de contratos para la acreditación de la experiencia, índices de capacidad financiera, índices de capacidad organizacional o valor de la garantía de seriedad de la oferta, deben ser aplicables a quienes cumplan con las definiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Del mismo modo, los puntajes adicionales de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0,25%) que se incluyan en los procesos de contratación diferentes de aquellos en los que el único factor de evaluación sea el menor precio, según lo señalado en el penúltimo inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15, deben ser aplicables a quienes cumplan con alguna de las definiciones señaladas en el artículo anterior.

Ahora bien, como bien se expuso previamente las asociaciones o corporaciones, las cooperativas y las fundaciones son personas jurídicas constituidas en los términos del Código Civil[[5]](#footnote-6) y por las disposiciones de los Decretos 1529 de 1990 , 059 de 1991 y 2150 de 1995, que no pueden asimilarse o identificarse a sociedades comerciales –en la medida en que a diferencia de esas últimas no persiguen el reparto de utilidades entre sus socios[[6]](#footnote-7)–. Sin embargo, nada obsta para que estas entidades sin ánimo de lucto participen en términos de igualdad con los demás oferentes en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre que sus estatutos así se lo permitan[[7]](#footnote-8). En ese sentido, el hecho de que un proponente sea una entidad sin ánimo de lucro no supone que no pueda participar en un proceso de contratación adelantado en aplicación de la modalidades de selección competitivas previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los que se apliquen los criterios diferenciales introducidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentados en los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015.

 Con todo, para efectos de determinar, en el caso de las entidades sin ánimo de lucro que sea proponente en un eventual proceso de contratación le aplican o no los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres introducidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, es necesario, en primer lugar, determinar si cumple con alguna de las definiciones establecidas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14. Esto por cuanto la acreditación de alguno de los cuatro criterios señalados en la norma es un presupuesto para optar a las condiciones habilitantes diferenciales determinadas por las entidades estatales con sustento en el análisis del sector, a modo requisitos, que en cualquier caso le corresponderá acreditar a los proponentes que se ubiquen las referidas definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres.

En el marco de dicho análisis, en primer lugar, debe reiterarse, como se expuso en el acápite anterior, que a las entidades sin ánimo de lucro no se les aplica la definición del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, por cuanto dada la naturaleza de este tipo de personas jurídicas, no existen en las misma acciones, partes de interés o cuotas de participación sino un patrimonio destinado a la atención de una finalidad altruista o de un interés social determinado en los estatutos. En ese sentido, no puede afirmarse que los socios de las fundaciones o su fundador o los asociados o coperantes de estas entidades sin ánimo de lucro tengan participación accionaria, partes de interés o cuotas de participación en la misma, figuras asociadas a las sociedades comerciales, razón por la que el propio numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 exige que en el documento de acreditación de esta condición”[...] conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación”. La anterior interpretación debe aplicarse también sobre las demás entidades sin ánimo de lucro.

En cuanto al criterio numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, el primer inciso sería pausible concluir que su aplicación resulta posible respecto de las entidades sin áimo de lucro, incluyendo a las fundaciones, comoquiera que este criterio, no puede se encuentra dirigido a las sociedades regidas por la legislación comercial, sino en general a todas la personas jurídicas. Lo anterior por cuanto, si bien el segundo inciso explica que puede entenderse por cargo directivo, lo cierto es que trae consigo una referencia tanto para el nivel jerarquico en las *empresas,* como también para aquellos cargos que por su jerarquía desempeñan funciones orientadas a representar el empleador, definición última que pudese ser totalmente aplicable a las entidades sin ánimo de lucro, incluidas entre estas a las fundaciones.

De otra parte, respecto del numeral 3, la conclusión deriva de que el supuesto de hecho descrito en este numeral solo aplica a personas naturales, concretamente, a las mujeres que hayan 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.

Por otro lado, respecto del numeral 4 se reitera que resulta aplica de manera exclusiva a asociaciones (o corporaciones) y cooperativas, personas jurídicas sin ánimo de lucro distinto al de las fundaciones. En esta opción, se excluyó explícitamente a las fundaciones y a las otras entidades sin ánimo de lucro que no sean las asociaciones (entiendase dentro de las asociaciones a las corporaciones)[[8]](#footnote-9) y las cooperativas, puesto que se parte de la naturaleza jurídica de este tipo de personas jurídicas, se conforma desde el acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico, que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular, *pero cuya base fundamental para su existencia son las personas que lo conforman.* Por el contrario, si bien las fundaciones nacen del acuerdo de voluntad irrevocable de sus fundadores, la base fundamental para su existencia es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

**3. Respuesta**

“1) Las diversas interpretaciones que le dan las entidades públicas a la condición: i. 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; NO PERMITEN a las ESAL (Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones), acceder a los incentivos contemplados en la ley 2069 de 2021 y decreto 1860 de 2021 para los emprendimientos y empresas de mujeres, por el solo hecho de ser una ESAL, desconociendo que estas entidades, al igual que las sociedades comerciales, las ESALs son Personas Jurídicas.

2) Las diversas interpretaciones que le dan las entidades públicas a la condición: iv. 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. NO PERMITEN a las CORPORACIONES, creadas como Entidades de carácter privado sin Ánimo de Lucro - ESAL, acceder a los incentivos contemplados en la ley 2069 de 2021 y decreto 1860 de 2021 para los emprendimientos y empresas de mujeres, toda vez que, según la entidad pública, solo pueden ACREDITAR la condición citada, solo las ESALs que estén creadas como ASOCIACIONES o FUNDACIONES a dicho incentivos”. (Sic)

De acuerdo con lo expuesto, las entidades sin ánimo de lucro pueden ser proponentes en procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos adelantados por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dado lo anterior, considerando que los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres establecidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 son aplicables en tales procedimientos, las entidades sin ánimo de lucro podrían participar en los procedimientos de selección en los que se apliquen dichos criterios. En todo caso, para que se apliquen los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 se requiere que el proponente acredite que cumple con alguna de las cuatro definiciones consagradas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 de dicho reglamento.

 Dicho lo anterior, según indica el análisis precedente, se concluye que a las entidades sin ánimo de lucro no se les aplica la definición del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015, por cuanto dada la naturaleza de este tipo de personas jurídicas, no existen en las misma acciones, partes de interés o cuotas de participación. En ese sentido, no puede afirmarse que los socios de las fundaciones o su fundador o los asociados o coperantes de entidades sin ánimo de lucro que tengan participación accionaria, partes de interés o cuotas de participación en la misma, figuras asociadas a las sociedades comerciales, razón por la que el propio numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 exige que en el documento de acreditación de esta condición*”[...] conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación”.* Por lo tanto, en la práctica, este numeral no puede ser utilizado por entidades sin ánimo de lucro, toda vez que las acciones, partes de interés o cuotas de participación son características propias de las formas de división del capital social de las sociedades comerciales, como puede observarse en el libro segundo del Código de Comercio.

Por su parte, la opción 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, a criterio de esta Aencia, puede ser utilizada para acreditar la condición de emprendimiento y empresa de mujer según el porcentaje de empleos de nivel directivo mujeres por parte de cualquier persona jurídica, siendo importante precisar que esta opción permite certificar y relacionar los empleos de dirección de áreas misionales y de decisiones de nivel estratégico de la respectiva persona jurídica, sin que se hiciese distinción alguna para su aplicación. De esta manera, esta opción puede ser utilizado por cualquier persona jurídica, lo que inluye a las coporaciones, con independencia de si tienen o no ánimo de lucro, pues lo único que se exige mediante esta disposición es relacionar, con independencia de la denominación del cargo, aquellos empleos que por su naturaleza son de nivel directivo, bien porque se encuentra en un nivel especial de mando o porque, de acuerdo con su jerarquía, representan al empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo[[9]](#footnote-10) dentro de dicha persona jurídica, que sean ocupados por mujeres mediante contrato laboral, como mínimo durante el periodo de un [1] año, contado a partir de la fecha de cierre del proceso de selección.

Al respecto, resulta necesario precisar que el tiempo mínimo de permanencia en el cargo directivo se predica únicamente frente a las mujeres que la integran y no respecto de todos los miembros. A su vez, 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.

 De este modo, los documentos anteriormente referenciados constituyen una tarifa legal probatoria para demostrar que los proponentes son emprendimientos o empresas de mujeres por la opción 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, cuya consagración contempla varias alternativas para su acreditación sin discriminación alguna sobre a la persona jurídica que le sea aplicable.

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:  | Any Alejandra Tovar CastilloContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Juan David Cárdenas CabezasContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-2)
2. Conforme a la definiciiones contempladas en el Decreto 1529 de 1990 y el Decreto 2150 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. Decreto 1082 de 2015: “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-5)
5. “Artículo 635. Remisión normativa. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.

“Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional.

[…]

“Artículo 637. Patrimonio de la corporación. Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

“Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria si se estipula expresamente la solidaridad.

“Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

“Artículo 650. Normatividad de las fundaciones de beneficencia. Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión.

“ Articulo 651. Lo que en los artículos 637 hasta 649 se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que las componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran.

“Artículo 652. Terminación de las fundaciones. Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención”. [↑](#footnote-ref-6)
6. La Corte Constitucional, en la sentencia C-287 de 2012, reiteró que la diferencia existente entre las sociedades comerciales y las entidades privadas sin ánimo de lucro es que estas últimas no reparten sus utilidades entre los socios. Así lo explicó en los siguientes términos: “Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que, a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación […]”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–. Concepto C-728 del 14 de diciembre de 2022- Rad. 2202013000012012. [↑](#footnote-ref-8)
8. Conforme a la definiciiones contempladas en el Decreto 1529 de 1990 y el Decreto 2150 de 1995. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)