

ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar

El Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial. La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad. La ausencia de ánimo de lucro es, entonces, la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones, lo que explica su nombre, y la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

[...]

[...]es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al ser personas jurídicas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL 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 cumplan con los requisitos exigidos en cada Proceso de Contratación. En ese orden, las ESAL no sólo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual participarán con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

EMPRENDIEMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Definición – Criterios diferenciales

[...] 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 –en adelante EGCA–, 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 párrafo 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 [...].

EMPRENDIEMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Forma de acreditación – Numeral 4 – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Asociaciones

Por una parte, el proponente persona jurídica podrá acreditar la condición de empresa y emprendimiento de mujeres teniendo en cuenta las siguientes opciones: 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



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección, y/o ii) si por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica son ejercidos por mujeres y estas han estado vinculadas laboralmente durante al menos el último año anterior a la fecha del cierre del proceso de selección. Tratándose de asociaciones y cooperativas, que es el caso que nos ocupa, deberán probar que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados son mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Por otra parte, el proponente persona natural deberá demostrar, mediante la copia del registro mercantil y de la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, que es una mujer y que ha 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.

[...] para la aplicación de la definición contenida en el numeral 4 del artículo en comento, no basta con que más del 50% de los asociados correspondan a mujeres, sino que la participación mayoritaria haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Contratación. 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 asociaciones o corporaciones que, a pesar de contar con la participación mayoritaria de mujeres, no cuentan con el requerimiento del tiempo mínimo de un año. Como medio para la acreditación de dicha condición, el numeral 4 de la disposición en cita, establece una certificación expedida por el representante legal, en la que consten que más del 50% de los asociados corresponde a mujeres.





Bogotá D.C., 01 de mayo de 2023

Señores

ANFER INGENIERÍA S.A.S

licitador.info@gmail.com

Cali, Valle del Cauca

Concepto C – 152 de 2023

Temas:

ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Naturaleza jurídica - Capacidad para contratar / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Definición – Criterios diferenciales / EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES – Forma de acreditación – Numeral – Artículo 2.2.1.2.4.2.14

Radicación:

Respuesta a consulta P20230418003438

Estimados señores:

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 18 de abril de 2023.

1. Problema planteado

En relación con la acreditación de la condición de emprendimientos y empresas de mujeres a la luz de lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, introducidos por el Decreto 1860 de 2021, usted realiza las siguientes consultas:

“1. Para el caso de fundaciones sin ánimo de lucro, ¿es posible acreditar esta condición aun cuando por su naturaleza jurídica estas no contienen accionistas o socios? ¿con que documento se verifica que una fundación sin ánimo de lucro cumple con la opción



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



1 del decreto 1082 para la acreditación de la condición de emprendimientos mujeres?
¿Puede una fundación acreditar que pertenece mayoritariamente a mujeres?

2. Para acreditar la condición emprendimiento o empresas que pertenecen a mujeres los documentos tipo el decreto 1082 establece como requisito la presentación de un certificado expedido por el representante legal y revisor fiscal si corresponde en donde se declara que más del 50% de las acciones han pertenecido durante 1 año anterior al cierre del proceso a mujeres ¿que ocurre si se presenta un certificado que contiene esta información pero al consultar los estatutos registrados en cámara de comercio de la persona jurídica no existe registro de la composición accionaria que acredita el proponente en el certificado? ¿debe la composición accionaria que demuestra que más del 50% de las acciones de una persona jurídica pertenecen a mujeres estar registrada ante la cámara de comercio? ¿que sucede si el proponente que dice cumplir con esta condición nunca modificó la composición accionaria ante la cámara de comercio? ¿tiene validez dentro de un proceso de contratación la información contenida en una composición accionaria que no ha sido registrada ante cámara de comercio? Si dentro de un proceso de contratación el proponente A acredita con la presentación de el certificado que trata el decreto 1082 que más del 50% de las acciones pertenecen a mujeres, pero en la última reforma a los estatutos registrada en cámara de comercio aparece una composición accionaria diferente, en la que menos del 50% de las acciones pertenecen a mujeres ¿debe asignarse el puntaje al proponente? ¿incurre el proponente en presentación de información engañosa o falsa si acredita una composición accionaria diferente a la última registrada en la cámara de comercio? ¿todas las reformas estatutarias deben inscribirse en cámara de comercio? ¿que sucede si realice una reforma a los estatutos de mi empresa que modifica la composición accionaria pero no la reporte a la cámara de comercio? ¿es válida ante terceros, para la asignación de puntajes dentro de un proceso de contratación la presentación de una composición accionaria que no ha sido registrada o reportada a la cámara de comercio donde me encuentro inscrito?" [sic]

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados¹. Es

¹ “Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”.

“Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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. En ese sentido, resolver casos concretos 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.

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, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de los límites de la competencia consultiva atribuida a esta entidad –esto es, haciendo abstracción del caso concreto expuesto por el peticionario–, se resolverán sus preguntas, previo análisis de los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro, en adelante ESAL, ii) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; iii) definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021, y iv) acreditación de la condición de emprendimientos y empresas de mujeres.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos², refiriéndose, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 32 de dicha ley, alusivo a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, en los

[...]

8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

² 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 del 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 del 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, entre otros.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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-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-522 del 16 de agosto de 2022, C-533 de 25 de agosto de 2022, C-587 del 21 de septiembre de 2022, C-715 del 4 de noviembre de 2022, entre otros³. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

2.1. Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL. Reiteración de línea

En Colombia, la empresa se forma a través de un contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa, según el artículo 98 *ibidem*. En ese sentido, puede decirse que serán sociedades comerciales aquellas que ejecuten actos o empresas mercantiles, en los términos señalados en el artículo 100 del Código de Comercio⁴.

El Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial. La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad⁵. La ausencia de ánimo de lucro es, entonces,

³ Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

⁴ “Artículo 100: Asimilación a sociedades comerciales - legislación mercantil. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

⁵ TORRENTE BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo. Las entidades sin ánimo de lucro (3ª Ed.). Editado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 2000, p. 33. Allí se lee: “Las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación, o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la





la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones, lo que explica su nombre, y la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere igualmente de los requisitos que exige el artículo 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero relacionado con su finalidad. En efecto, la norma en comento dispone: “[p]or el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social” [Énfasis fuera de texto]. Así pues, se precisa que en el caso de las ESAL no se admite el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto, se insiste, radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad y al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el artículo 38 de la Constitución Política y otras normas contenidas en tratados internacionales suscritos por Colombia.

De conformidad con lo anterior, una “fundación” o una “asociación o corporación”, constituidas en los términos del Código Civil, no pueden asimilarse o identificarse con una “sociedad comercial”, como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, en la medida en que esta última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social. Por el contrario, las fundaciones o asociaciones destinan su patrimonio a la consecución de un interés general y, como tal, no se percibe lucro, debiéndose reinvertir los excedentes monetarios que se presenten en la ESAL, al no ser viable su reparto entre los asociados.

Por su parte, 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 socios⁶. 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

realización de fines altruistas o de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles.

La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad [...]”.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle.





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”.

Igualmente, el Consejo de Estado expresó que la naturaleza jurídica de las ESAL es diferente a las sociedades mercantiles, toda vez que su objeto no está destinado a perseguir un lucro que pueda ser repartido entre sus asociados, sino que las ganancias se reinvierten en la entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo de su objeto social⁷. En ese mismo sentido, la Cámara de Comercio de Bogotá, en el “Documento ABC Entidades sin Ánimo de Lucro”, ha definido las ESAL como “las personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros⁸”. Las ESAL, no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino, de asociaciones que buscan la realización de un fin común y objetivos carentes de un contenido esencialmente patrimonial –fin de lucro y reparto de las utilidades–. Debido a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, sino que su objeto está destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, surge el interrogante de si estas entidades tienen capacidad jurídica para participar en procesos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De conformidad con lo expuesto, se debe aclarar que es un error concluir que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual, pues la capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas⁹. Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad contractual es la facultad que se ostenta para celebrar contratos con una entidad pública. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del negocio.

El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 dispone que “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideraras legalmente capaces en las disposiciones vigentes. [...]”. De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley.

⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, “ABC DE ESALES”. Bogotá. 2013. Disponible en este link: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8346/el%20abc%20de%20esales%202013%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974





Por lo tanto, es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al ser personas jurídicas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL 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 cumplan con los requisitos exigidos en cada Proceso de Contratación. En ese orden, las ESAL no sólo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual participarán con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

Así, por ejemplo, si el proceso de selección en el que pretende participar la ESAL es obligatorio que este inscrita en el Registro Único de Proponentes, en adelante RUP, por no tratarse de ninguno de los supuestos establecidos en el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007¹⁰ –u otra norma que excepcionalmente exceptúe la exigencia del RUP–, al ser una persona jurídica que pretende celebrar un contrato con una Entidad Estatal, conforme lo establece el inciso primero del artículo citado, deberá encontrarse inscrita en el RUP. Lo anterior, pese a que cuando contrate en virtud de las reglas señaladas en el Decreto 092 de 2017 no sea obligatorio estar inscrito en dicho registro, esto, de acuerdo con el artículo 10 *ibidem*.

De igual manera, para la acreditación de las demás condiciones mínimas requeridas en el proceso de selección correspondiente, deberán realizarlo conforme lo establezca la Entidad Estatal en el pliego de condiciones.

2.2. Vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020.

Reiteración de línea

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, “[l]a 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

¹⁰ Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes: [...] No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. [...].





ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta ley, 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”¹¹. Esto, a partir de “[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas¹², así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública¹³. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento¹⁴, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía¹⁵ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación¹⁶.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipyme 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 Mipyme 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.¹⁷

¹¹ 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>

¹² Artículos 2 al 29.

¹³ Artículos 30 al 36.

¹⁴ Artículos 37 al 45.

¹⁵ Artículos 46 al 73.

¹⁶ Artículos 74 al 83.

¹⁷ 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.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, a través de los cuales se 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 Mipyme al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que “[l]as 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 párrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que “[e]l 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 “[d]entro 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 2020¹⁸ regula criterios diferenciales para los “emprendimientos y empresas de mujeres” en el sistema de compras y contratación pública. En relación con este aspecto, el inciso primero de la norma citada prescribe lo siguiente:

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

De esta manera, los “criterios diferenciales” del artículo 32 *ibidem* –que incluyen tanto los “requisitos diferenciales” como los “puntajes adicionales”– aplican a “[...] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos [...]”, excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Asimismo, sin distinciones

¹⁸ 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”.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



posteriores, 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– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el párrafo dispone que “[l]a definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional”. En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de mujeres y emprendimientos de mujeres está condicionada por el ejercicio de potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las Entidades Estatales deben aplicar los criterios diferenciales del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

En este contexto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”*. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021¹⁹.

En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación.

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala que “[l]as 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”, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente²⁰.

¹⁹ 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”.

²⁰ 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 de la



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

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCA–, 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 párrafo 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, cuyo tenor literal indica:

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

2. Cuando por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres y éstas hayan estado vinculadas

Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 22.1.2.4.2.2., 22.1.2.4.2.3., 22.1.2.4.2.4., 22.1.2.4.2.5. y 22.1.2.4.2.6.; adiciona los artículos 22.1.2.4.2.14., 22.1.2.4.2.15., 22.1.2.4.2.16., 22.1.2.4.2.17. y 22.1.2.4.2.18.; adiciona un párrafo al artículo 22.1.2.3.19.; y deroga el artículo 22.1.2.2.9. 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”.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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]

Conforme a lo anterior, el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 define cuatro alternativas distintas que definen los requisitos de las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales.

Por una parte, el proponente persona jurídica podrá acreditar la condición de empresa y emprendimiento de mujeres teniendo en cuenta las siguientes opciones: 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, y/o ii) si por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica son ejercidos por mujeres y estas han estado vinculadas laboralmente durante al menos el último año anterior a la fecha del cierre del proceso de selección. Tratándose de asociaciones y cooperativas, que es el caso que nos ocupa, deberán probar que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados son mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Por otra parte, el proponente persona natural deberá demostrar, mediante la copia del registro mercantil y de la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, que es una mujer y que ha 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.

En ese orden, teniendo en cuenta lo consultado, para la aplicación de la definición contenida en el numeral 4 del artículo en comento, no basta con que más del 50% de los asociados correspondan a mujeres, sino que la participación mayoritaria haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Contratación. 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 asociaciones o corporaciones que, a pesar de contar con la participación mayoritaria de mujeres, no cuenten con el requerimiento del tiempo mínimo de un año. Como medio para la acreditación de dicha condición, el numeral 4 de la disposición en cita, establece una certificación expedida por el representante legal, en la que consten que más del 50% de los asociados corresponde a mujeres.

Los documentos a los que se refieren los distintos numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 constituyen una tarifa legal probatoria para demostrar que los proponentes son emprendimientos o empresas de mujeres, y que, por lo tanto, tienen derecho a la aplicación de los criterios diferenciales reglamentados por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, en desarrollo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. Esto significa que a quienes pretendan acceder a tales beneficios en consideración a la definición establecida en el inciso 4 del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, les corresponde presentar la mencionada certificación con sus respectivos soportes.

Sin perjuicio de lo anterior, la sola presentación de la certificación de representante legal con sus respectivos soportes, no confiere automáticamente el acceso a los criterios diferenciales. Esto por cuanto es deber de la Entidad Estatal verificar que los documentos presentados acrediten las condiciones descritas en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

En ese sentido, para aplicar la mencionada definición la entidad debe comprobar que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados correspondan a mujeres, lo que podrá verificar con la información incluida en la certificación. Asimismo, deberá establecerse si en efecto tal





porcentaje de participación en cabeza de mujeres, se ha mantenido durante al menos un año contado hasta la fecha de cierre del proceso de selección.

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 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, la Entidad Estatal 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 de participación –superior al cincuenta por ciento (50%)– de mujeres asociadas 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.

Debe agregarse a las consideraciones sobre la regulación de los criterios diferenciales a favor de las empresas y los emprendimientos de mujeres, que el cuarto inciso del artículo 2.2.1.2.4.2.15. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, establece que “[l]as 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”. Por tanto, es recomendable considerar las distintas variables en los estudios del sector, para poder determinar los requisitos diferenciales y los puntajes adicionales, sin desconocer que la realización del análisis de oportunidad y conveniencia es una actividad a cargo de las Entidades Estatales y que la Agencia Nacional de Contratación Pública, como órgano rector del Sistema de Compras y Contratación Pública, sólo brinda algunas pautas al respecto.

Finalmente, debe agregarse que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015²¹, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales

²¹ 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.



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 alguno 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 0,25% del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, para los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14. En últimas, frente a las personas naturales es claro que la norma dispuso, en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, las condiciones para que esta sea catalogada como acreedora de un emprendimiento o empresa de mujeres, bajo el entendido en que “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” y acreditando esta circunstancia “mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil”. Los demás numerales del mencionado artículo corresponden a la acreditación de circunstancias que, por sus particularidades jurídicas, deben acreditar exclusivamente las personas jurídicas, sociedades o asociaciones y cooperativas.

2.3.1. Inclusión de criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en los Documentos Tipo

Colombia Compra Eficiente atendiendo al mandato contenido en el inciso segundo del párrafo del artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, expidió la Resolución 275 del 24 de junio de 2022 “*Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación*

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 concurren 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”.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



*Pública – Colombia Compra Eficiente*²². De esta forma, mediante la citada resolución, se modificaron los Documentos Tipo para proyectos de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública, de selección abreviada de menor cuantía, de consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte, de licitación de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico y su modalidad de llave en mano y los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura social, con ocasión a la expedición del Decreto 1860 de 2021 y la Ley 2069 de 2020.

En el marco de esta resolución, los artículos 2, 14, 15, 39, 40, 49, 50, 64, 72, 84, 87, 97, 98, 108, 125, 134, 135 y 167 realizaron las modificaciones necesarias para incorporar en los Documentos Tipo mencionados la aplicación de los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, de acuerdo con lo regulado por los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, adicionados por el Decreto 1860 de 2021. A través de estas disposiciones, se adoptó el “Formato 12 – Acreditación de emprendimientos y empresas de mujeres, el cual sirve para acreditar las condiciones establecidas en los numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, cuando el proceso de selección se adelante bajo la implementación de los Documentos Tipo. No obstante, para los efectos se aclara, que no en todos los Documentos Tipo adoptados por esta entidad el “Formato 12” corresponde al modelo de acreditación para el puntaje de emprendimiento y empresas de mujeres.

En consecuencia, el “Formato 12 – Acreditación de emprendimientos y empresas de mujeres” debe ser suscrito por el representante legal o el revisor fiscal a efectos de acreditar las condiciones señaladas en los numerales del artículo 2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, y justo con este, los soportes legalmente exigidos.

Conforme a todo lo expuesto, se colige que 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, se considerarán emprendimientos o empresas de mujeres las personas jurídicas o naturales que cumplan alguno de los cuatro supuestos de hecho previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 y los acrediten con los documentos previstos para ello.

Finalmente, resulta a bien aclarar que la disposición estudiada señala de forma taxativa los requisitos que se exigen cuando se trata de persona natural y cuando se trata de persona jurídica, pero no se establece que uno de los numerales sea extensivo frente a otros supuestos. Por lo tanto, la presente interpretación además se impone en virtud de aquella regla según la cual

²²Esta Resolución se encuentra publicada en la página web de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/modificacion-losdocumentos-tipo-adaptados-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica>





“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”²³.

3. Respuesta

“1. Para el caso de fundaciones sin ánimo de lucro, ¿es posible acreditar esta condición aun cuando por su naturaleza jurídica estas no contienen accionistas o socios? ¿con que documento se verifica que una fundación sin ánimo de lucro cumple con la opción 1 del decreto 1082 para la acreditación de la condición de emprendimientos mujeres? ¿Puede una fundación acreditar que pertenece mayoritariamente a mujeres?

2. Para acreditar la condición emprendimiento o empresas que pertenecen a mujeres los documentos tipo el decreto 1082 establece como requisito la presentación de un certificado expedido por el representante legal y revisor fiscal si corresponde en donde se declara que más del 50% de las acciones han pertenecido durante 1 año anterior al cierre del proceso a mujeres ¿que ocurre si se presenta un certificado que contiene esta información pero al consultar los estatutos registrados en cámara de comercio de la persona jurídica no existe registro de la composición accionaria que acredita el proponente en el certificado? ¿debe la composición accionaria que demuestra que más del 50% de las acciones de una persona jurídica pertenecen a mujeres estar registrada ante la cámara de comercio? ¿que sucede si el proponente que dice cumplir con esta condición nunca modificó la composición accionaria ante la cámara de comercio? ¿tiene validez dentro de un proceso de contratación la información contenida en una composición accionaria que no ha sido registrada ante cámara de comercio? Si dentro de un proceso de contratación el proponente A acredita con la presentación de el certificado que trata el decreto 1082 que más del 50% de las acciones pertenecen a mujeres, pero en la última reforma a los estatutos registrada en cámara de comercio aparece una composición accionaria diferente, en la que menos del 50% de las acciones pertenecen a mujeres ¿debe asignarse el puntaje al proponente? ¿incurre el proponente en presentación de información engañosa o falsa si acredita una composición accionaria diferente a la última registrada en la cámara de comercio? ¿todas las reformas estatutarias deben inscribirse en cámara de comercio? ¿que sucede si realice una reforma a los estatutos de mi empresa que modifica la composición accionaria pero no la reporte a la cámara de comercio? ¿es válida ante terceros, para la asignación de puntajes dentro de un proceso de contratación la presentación de una composición accionaria que no ha sido registrada o reportada a la cámara de comercio donde me encuentro inscrito?” [sic]

De manera preliminar, es necesario tener en cuenta que esta entidad sólo es competente para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras

²³ CÓDIGO CIVIL: “Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares 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 participantes de la contratación estatal. Por ello, esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

El Libro Segundo del Código de Comercio no incluyó a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial. La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil. Así pues, una “fundación” o una “asociación o corporación” constituida en los términos del Código Civil, no puede asimilarse o identificarse con una “sociedad comercial”, como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, pues las fundaciones o asociaciones destinan su patrimonio a la consecución de un interés general y como tal, no prescriben lucro.

Ahora bien, como se expresó en el numeral 2.1 de este concepto, las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al ser consideradas personas jurídicas legalmente capaces en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales regidos por el Estatuto General de Contratación Pública, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada Proceso de Contratación.

En ese orden, teniendo en cuenta la explicación dada sobre la incorporación de criterios diferenciales en los Procesos de Contratación, según la noción introducida por el Decreto 1860 de 2021 al Decreto 1082 de 2015, cuando las ESAL participen en un proceso de selección pública y pretendan los beneficios conferidos a los emprendimientos y empresas de mujeres, deberán acreditar la condición dispuesta en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, esto es, probar que más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados son mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Contratación, mediante certificación expedida por el representante legal con sus respectivos soportes. En caso de que el procedimiento contractual se adelante mediante la aplicación de los Documentos Tipo expedidos por Colombia Compra Eficiente, dicha certificación corresponderá a la suscripción del “Formato 12 – Acreditación de emprendimientos y empresas de mujeres” por parte del representante legal.

Finalmente se aclara, que la sola presentación de la certificación del representante legal con sus respectivos soportes, no confiere automáticamente el acceso a los criterios diferenciales. Esto por cuanto es de deber de la Entidad Estatal que adelanta el Proceso de Contratación, verificar que los documentos presentados acrediten las condiciones descritas en el numeral 4 del





artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, para así proceder a designar el respectivo puntaje adicional.

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 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Carolina Armenta Celis
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co