



LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley, potestad que fue ejercida mediante la expedición del Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas – Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

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

[...] el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 –al igual que el artículo 31– también alude a la necesidad del desarrollo normativo posterior. Al respecto, el parágrafo dispone que “La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional”. En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de 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 2021.

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.





DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Acreditación – Condición – Mujer – Regla general

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, siendo relevante para la consulta el segundo y el tercero de dichos numerales [...]

[...]

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

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

IDENTIDAD DE GÉNERO – Concepto – Alcance – Importancia – Sexo

[...] la jurisprudencia constitucional, en congruencia con los lineamientos internacionales sobre la materia, desarrolló la tesis en la que se sitúa la identidad de género como un derecho fundamental, que comporta la facultad del individuo de definirse a sí mismo. En esta determinación autónoma resulta indispensable tener como referente que es el resultado de la voluntad humana y no de su naturaleza. En otras palabras, esta postura comprende el desarraigo de la concepción tradicional en la que el género estaba intrínsecamente asociado al sexo biológico de las personas, es decir, en la actualidad el género no se asigna, sino que se construye [...]

[...]

En virtud de lo anterior, esto es, partiendo de la concepción de la identidad de género como una construcción individual, se precisa entonces que el componente “sexo” que registra en la identificación de las personas, evolucionó en tal medida que la información consignada en este campo o ítem, por decirlo de alguna manera, debe entenderse como una decisión personal y no como una asignación ligada al sexo con el que se nace. Es por ello por lo que las personas tienen la potestad de modificar su marcador de “sexo” para que coincida con su identidad, en caso de que requiera hacer el tránsito formal hacia otro género. Sobre el particular se ha indicado de manera reiterada que las personas con orientaciones de género diversas tienen derecho a adecuar sus documentos de identificación para que reflejen la identidad que les singulariza, de modo que sean tratadas socialmente en la forma en que se auto reconocen.





Bogotá D.C. 12 de abril del 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230412003611
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 12/04/2023 14:17:07



Colombia Compra Eficiente

Señor
Hugo Ernesto Ortega Guerrero
Bogotá, D.C.

Concepto C – 048 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 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 – Acreditación – Condición – Mujer – Regla general / IDENTIDAD DE GÉNERO – Concepto – Alcance – Sexo

Radicación: Respuesta a consulta P20230225001750

Estimado señor Ortega Guerrero:

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 25 de febrero de 2023.

1. Problema planteado

Usted pone de presente 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. Al respecto, realiza algunas consideraciones sobre el término “mujer” y formula las siguientes preguntas:

“1. ¿La cédula de ciudadanía es el documento idóneo para certificar la condición de «Mujer», teniendo en cuenta que la cédula únicamente certifica el «Sexo» en términos de género donde se representa visualmente con una «F», para «Femenino» y con una «M» para «Masculino»?



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



2. En caso negativo al primer punto, ¿La condición de «Ser Mujer», puede ser acreditada mediante una manifestación de voluntad expresa del proponente en donde diga que es «Mujer», es decir, el «FORMATO — ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES», es suficiente para acreditar dicha condición?

3. Si un oferente aporta una cédula donde aparece en el descriptor «Sexo: M», es decir «Masculino», y radica el «FORMATO — ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES», identificándose como mujer.

a. ¿El hecho de que en la cédula de ciudadanía se certifique la característica «masculino», es excluyente de que se identifique como «Mujer»?

Esto teniendo en cuenta que la cédula no acredita la condición de «Ser Mujer», sino que se limita a certificar lo «Masculino» y lo «Femenino».

4. Una persona natural que,

a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Hombre».

b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino, y

c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo.

¿La anotación de «M», entendida como «Masculino», lo excluye de identificarse como «Mujer», o debería ser tratado como «Mujer», toda vez que la cédula no certifica el «Ser»?

5. Una persona natural que,

a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Trans».

b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino, y

c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo.

¿La anotación de «M», entendida como «Masculino», lo excluye de identificarse como «Mujer», o debería ser tratado como «Mujer», toda vez que la cédula no certifica el «Ser Mujer»?

6. Una persona natural que,

a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Hombre».





- b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino.
- c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo, y
- d. Cuando se le pregunta por su condición afirma que se identifica como «Mujer» con orientación sexual de «Lesbiana», pero que le gusta expresarse como la cultura ha denominado «Hombre».

¿Este contexto lo excluye de identificarse como «¿Mujer», o debería ser tratado como «Hombre»?

Se plantea este caso, toda vez que el comité evaluador puede interpretar que no es «Mujer» y que eventualmente puede estar abusando del derecho.

7. El caso expresado en el punto 6, al ser un eventual conflicto entre un presunto abuso del derecho y un choque del derecho fundamental innominado a la Identidad de Género, reconocido por la Corte Constitucional

- a. ¿Debería resolverse a través de una interpretación del comité evaluador como un abuso del derecho de parte del proponente?, o
- b. ¿Debería resolverse de una manera donde prime el Derecho Fundamental Innominado a la Identidad de Género, reconocido por la Corte Constitucional, y aceptarse la condición de «Mujer» del proponente, sin exigir requisitos adicionales?"

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 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.

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:

[...]

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





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. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de los límites de la competencia consultiva atribuida a esta entidad, se resolverán sus preguntas, previo análisis de los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; ii) definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021, y iii) la identidad de género como derecho fundamental y su relación con las definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres establecidas por el Decreto 1860 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes 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 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 La Agencia también se ha pronunciado sobre las diferentes disposiciones de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, C-689 del 05 de enero de 2022, entre otros.

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





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

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley, 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”⁴. 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 tarifas⁵, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁶. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁷, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁸ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁹.

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

⁴ 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>

⁵ Artículos 2 al 29.

⁶ Artículos 30 al 36.

⁷ Artículos 37 al 45.

⁸ Artículos 46 al 73.

⁹ Artículos 74 al 83.





entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.¹⁰

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 “Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas”.

Además, el inciso segundo y el párrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que “El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con “requisitos diferenciales” y “puntajes adicionales”] que podrán implementar las Entidades Estatales” (Corchetes fuera de texto) y que “Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados”. Es decir, esta norma requiere el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020¹¹ 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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”.





modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Asimismo, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

No obstante, 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 “La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional”. En ese sentido, la aplicación de criterios diferenciales en favor de mujeres y emprendimientos de mujeres está condicionada por el ejercicio de potestad reglamentaria, en orden de establecer la regulación en marco de la cual las Entidades Estatales deben aplicar los criterios diferenciales del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020.

En este contexto, el 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 2021¹².

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

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala que “Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición”, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, por lo que actualmente esta es la regulación vigente¹³.

¹² 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”.

¹³ 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 Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los





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

Conforme se viene explicando, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2021 introduce el deber de las Entidades Estatales de incluir en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–, 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, siendo relevante para la consulta el segundo y el tercero de dichos numerales, cuyo tenor literal indica:

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

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

Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de

artículos [2.2.1.2.4.2.14.](#), [2.2.1.2.4.2.15.](#), [2.2.1.2.4.2.16.](#), [2.2.1.2.4.2.17.](#) y [2.2.1.2.4.2.18.](#); adiciona un párrafo al artículo [2.2.1.2.3.1.9.](#); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9.](#) del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

Parágrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo”.





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.

[...]

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, 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.





De acuerdo con el numeral 2 del artículo precitado, una persona jurídica podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres. Tales empleos son aquellos relacionados con la dirección de áreas misionales y las decisiones de nivel estratégico de la respectiva empresa. De esta manera los cargos directivos deben identificarse de acuerdo con la definición que para el efecto estableció el Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, independientemente de la denominación del cargo, su naturaleza será directiva bien porque se encuentra en un nivel especial de mando o, porque de acuerdo a su jerarquía, representan al empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁴.

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

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

¹⁴ 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".





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

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

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

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

Debe destacarse que, la noción de empleo del nivel directivo establecida en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 se refiere exclusivamente a aquellos empleos “[...] cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico”. En ese orden, resulta claro que la norma no establece el





monto de la remuneración como un criterio para determinar si un empleo es o no del nivel directivo, por cuanto solo se refiere a la de manera cualitativa a un tipo de funciones asociadas a estos empleos.

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

De igual forma, resulta relevante el análisis del numeral tercero del artículo antes citado, según el cual, tratándose de personas naturales, debe cumplirse con las siguientes condiciones para ser consideradas emprendimientos y empresas de mujeres y, en consecuencia, ser destinatarias de los criterios diferenciales de que trata el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento: i) que la persona natural sea una mujer; ii) que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio, iii) que haya ejercido esas actividades durante al menos el último año anterior a la fecha del cierre del proceso de selección. Adicionalmente, la misma disposición señala que la acreditación de dichas circunstancias deberá realizarse mediante la copia de la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.

Lo anterior quiere decir que, no basta con que la persona natural sea mujer para ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres, sino que además es necesario que haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y que esa circunstancia se haya mantenido como mínimo durante un periodo de un año contado a partir de la fecha del cierre del proceso de selección. De esta manera, el criterio definido en el numeral tercero del artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 –artículo 2.2.1.2.4.2.14. del Decreto 1082 de 2015 – deja por fuera a aquellas mujeres que no hayan ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio y/o que no cumplan con el requerimiento del tiempo mínimo de un año de ejercicio de las actividades.

Dado que una de las condiciones para ser considerada emprendimiento y empresa de mujeres está relacionada con que la persona natural haya ejercido actividades comerciales a través de establecimiento de comercio, es indispensable referirse a qué se entiende por actividad comercial y el desarrollo de la misma a través de un establecimiento de comercio.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que la ley colombiana no consagra una definición de actos de comercio, sino que incorpora un listado de actos y actividades considerados como mercantiles, que incluye una gama muy variada de operaciones usuales en la vida de los





negocios. En ese sentido, el artículo 20 del Código de Comercio agrupa una gran variedad de actividades bajo la categoría de “acto de comercio”, sin que dicha enumeración sea taxativa en nuestro sistema jurídico. Así las cosas, no se define estáticamente el acto de comercio, permitiendo mediante la analogía realizar la ampliación dinámica del derecho mercantil facilitando su adaptación a un cambiante mundo de negocios¹⁵. Adicionalmente, la ley provee un criterio auxiliar que permite ampliar la cobertura del derecho comercial con la calificación de mercantiles de actos que en principio no lo son, pero que guardan relación estrecha con actividades de esta naturaleza. En el artículo 21 del Código de Comercio se incluyen actos no previstos en el artículo 20 que realiza el comerciante o empresario mercantil en desarrollo de su actividad mercantil y que facilitan su ejercicio y que en razón a ello adquieren comercialidad¹⁶.

Respecto del requisito del establecimiento de comercio, debe señalarse que la actividad comercial se realiza a través de establecimientos de comercio sujetos al registro mercantil. En efecto, de conformidad con el artículo 25 del Código de Comercio, “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. *Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*” (Énfasis fuera de texto). El establecimiento de comercio es el instrumento del que se vale el empresario para cumplir los fines de su empresa y por medio del cual se realiza la actividad organizada. La doctrina lo define como el conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados para una finalidad económica en el que la organización adquiere un significado fundamental como factor aglutinante de los elementos que integran la hacienda, teniendo en cuenta la función económica a la que están destinados todos: la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado¹⁷.

Ahora bien, frente al requisito del registro mercantil, el artículo del Código de Comercio dispone que “el registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad”. Asimismo, los numerales 6 y 33 del artículo 28 *ibidem* señalan que cuando un empresario abre su establecimiento de comercio debe cumplir con el deber profesional de matricularlo en el registro mercantil dentro del mes siguiente a su apertura y la información de dicha matrícula debe actualizarse periódicamente mediante la renovación anual dentro de los tres (3) primeros meses de cada año.

¹⁵ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho Comercial. Actos de comercio, empresas comerciantes y empresarios. Universidad de los Andes. 2016. Página 18.

¹⁶ *Ibidem*. Página 45.

¹⁷ Al respecto, la doctrina ha señalado que “inseparable del elemento objetivo – actividad económica organizada- y del subjetivo – empresario mercantil - la empresa comercial requiere un elemento funcional llamado establecimiento de comercio, que es un conjunto heterogéneo de bienes destinados específicamente por el empresario a desarrollar la actividad organizada. Así lo establece la definición prevista en el artículo 25 del Código de Comercio: “[...] Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. (CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho Comercial. Actos de comercio, empresas comerciantes y empresarios. Universidad de los Andes. 2016. Pág. 109).





De esta manera, se concluye que el numeral tercero del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto del Decreto 1860 de 2022– para definir los emprendimientos y empresas de mujeres, en el caso de las personas naturales, parte del ejercicio de una actividad comercial y, de acuerdo con el análisis normativo realizado, esta se desarrolla a través de un establecimiento de comercio, el cual debe estar matriculado en el registro mercantil. Así las cosas, es necesario que la persona natural que realiza actividades de comercio a través de un establecimiento acredite dicho registro de acuerdo con lo dispuesto por la ley comercial.

En este punto, es pertinente aclarar que el registro mercantil solicitado únicamente es requerido para ser acreedor de los criterios diferenciales consagrados a favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021, como acciones afirmativas para promover la participación de este segmento empresarial en el sistema de compras públicas y contratación estatal. Por tanto, deberá presentar dicho documento en caso de pretender beneficiarse de los requisitos habilitantes diferenciales u obtener el puntaje adicional. En este sentido, para efectos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, la acreditación de la condición de mujer y del ejercicio de actividades comerciales a través de establecimiento de comercio de la persona natural, solo será válida mediante la presentación de los documentos establecidos en el numeral 3 de la norma señalada, esto es, adjuntando copia de la cédula de ciudadanía, cédula de extranjería o pasaporte y copia del registro mercantil.

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 “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”. 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, solo brinda algunas pautas al respecto.

Finalmente, debe agregarse que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015¹⁸, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales

¹⁸ 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





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.

Conforme lo expuesto, el artículo citado, 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 la norma citada y acrediten estos supuestos de hecho con los documentos previstos para ello en la misma. Nótese 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 dice que uno de los numerales sea extensivo frente a otros supuestos. Por lo tanto, la presente interpretación además

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 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”.





se impone en virtud de aquella regla según la cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”¹⁹.

2.3. La identidad de género como derecho fundamental y su relación con las definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres establecidas por el Decreto 1860 de 2021

La *identidad de género* es un derecho que si bien no cuenta con una estipulación expresa dentro de la Constitución Política de 1991, ha si objeto de un desarrollo jurisprudencial bastante significativo hoy es considerada como un derecho de carácter fundamental. La evolución de este derecho innominado se aprecia en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁰, que no sólo han permitido concretar su marco de protección, sino también conceptualizar su relación con otros derechos y pilares fundantes del Estado, como lo es el de la dignidad humana, cuyo núcleo esencial exige que cada individuo sea tratado acorde a su condición²¹. En ese orden de ideas, debe entenderse que la dignidad humana se concibe como la autonomía propia de las personas para diseñar un plan de vida y determinarse según sus características, postulado que guarda una fuerte conexión con el libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal, los cuales trascienden del plano individual y cuya manifestación a nivel público son objeto de amparo²².

En relación con lo expuesto en precedencia, la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que la noción de identidad es trascendental en tanto sitúa al sujeto en la sociedad, y la ausencia de este elemento supone la reducción de las posibilidades de la participación en la dinámica social; y es en este sentido en el que el *género* se configura como un instrumento de autodeterminación en el que el ser humano se posesiona e interactúa. Esta línea argumentativa, junto con varios progresos del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, estructuraron las bases para el reconocimiento de la *identidad de género* como un derecho que busca erradicar “*nociones de determinismo biológico*”²³. Sobre el asunto es procedente hacer alusión a los “Principios de Yogyakarta”, puesto que este documento proporcionó una definición sobre lo que se debe entender por identidad de género:

¹⁹ 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”.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-440 del 19 de diciembre del 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-443 del 14 de octubre del 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-099/2015 del 10 de marzo del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ CASTELLANOS, Lorena. *Desmontando el determinismo biológico mediante el género* en Musas: revista de investigación en mujer, salud y sociedad, Vol. 6, num. 1, 2021, pp. 4-19. Consultado a las 19: 30 del 29 de marzo del 2023 en: <https://revistes.ub.edu/index.php/MUSAS/article/view/vol6.num1.1/33136>.





“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexto asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”²⁴

Por su parte la jurisprudencia constitucional, en congruencia con los lineamientos internacionales sobre la materia, desarrolló la tesis en la que se sitúa la *identidad de género* como un derecho fundamental, que comporta la facultad del individuo de definirse a sí mismo. En esta determinación autónoma resulta indispensable tener como referente que es el resultado de la voluntad humana y no de su naturaleza. En otras palabras, esta postura comprende el desarraigo de la concepción tradicional en la que el género estaba intrínsecamente asociado al sexo biológico de las personas, es decir, en la actualidad el género no se asigna, sino que se construye²⁵. Sobre el particular se observa que la Corte concretó la discusión del género sobre los siguientes ejes:

“De ahí que la discusión del género no termina con el sexo asignado, sino que es una compleja interrelación entre tres ejes: i) el **cuerpo** de cada persona, su experiencia con este, cómo la sociedad le asigna géneros a los cuerpos con base en los órganos reproductivos y cómo esta interactúa entre sí con base en los cuerpos; ii) **[la] identidad**, que comprende la concepción interna y el sentimiento de cada individuo de sentirse como hombre o mujer, en el sentido de una armonía interior entre quienes internamente sienten y saben que es cada uno; y iii) Finalmente, **la manifestación o expresión**, que consiste en la forma en que cada individuo presenta su género al mundo, a la sociedad, culturalmente, en su comunidad o en su familia, así como la manera que interactúa con su propio género y lo va moldeando con el paso de los años, en un proceso de constante desarrollo”.²⁶

En virtud de lo anterior, esto es, partiendo de la concepción de la identidad de género como una construcción individual, se precisa entonces que el componente “sexo” que registra en la identificación de las personas, evolucionó en tal medida que la información consignada en este campo o ítem, por decirlo de alguna manera, debe entenderse como una decisión personal y no como una asignación ligada al sexo con el que se nace. Es por ello por lo que las personas tienen la potestad de modificar su marcador de “sexo” para que coincida con su identidad, en caso de que requiera hacer el tránsito formal hacia otro género. Sobre el particular se ha indicado de

²⁴ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Consultado a las 20:30 del 29 de marzo del 2023 en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033 del 04 de febrero del 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-443 del 14 de octubre del 2020. Corte Constitucional. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.





manera reiterada que las personas con orientaciones de género diversas tienen derecho a adecuar sus documentos de identificación para que reflejen la identidad que les singulariza, de modo que sean tratadas socialmente en la forma en que se auto reconocen²⁷.

Este último aspecto en particular se torna relevante para resolver el tema objeto de consulta en la medida en que, conforme a lo explicado en el numeral 2.2 del presente concepto, el documento de identidad –ya sea cédula de ciudadanía, cédula de extranjería o pasaporte– es uno de los medios requeridos para que un proponente acredite en un Proceso de Contratación que reúne las condiciones para ser considerado emprendimiento o empresa de mujeres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. Esto obedece a que, en cada uno de estos supuestos, la presentación de los documentos de identidad sirve para que la entidad estatal contratante verifique que las personas que se tienen en cuenta para aplicar alguna de las definiciones establecidas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, efectivamente pertenecen al grupo poblacional destinatario de los criterios diferenciales introducidos por el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, es decir, que son mujeres.

En ese sentido, la norma reglamentaria establece una suerte de tarifa legal constituida por el documento de identidad, el cual debe servir para constatar que las personas naturales a quienes pertenece la participación mayoritaria de la persona jurídica, quienes ocupan los cargos directivos o las personas naturales tengan la condición de mujeres, lo que se debe establecer que verificando dicho documento en el marcador “sexo” haga alusión al género femenino. En ese sentido, la *identidad de género* es un aspecto de importancia de cara a la aplicación de los referidos criterios diferenciales en comento, comoquiera que estos se dirigen a personas que se identifique con el género femenino, lo que necesariamente debe ser acreditado con el documento de identidad el cual debe coincidir en el marcador “sexo” con la aludida identidad de género.

Conforme a lo anterior, independientemente de la libertad y autonomía que asiste a las personas para ejercer su derecho a la *identidad de género*, la acreditación de la condición de mujer en el marco de los Procesos de Contratación, para efectos de la aplicación de los mencionados criterios diferenciales, se encuentra asociada a la categoría “femenino” indicado en el marcado “sexo”, por lo que necesariamente se exige la presentación de documentos de identidad en los que se indique la identidad de género de esta manera, como presupuesto para acceder al incentivo, lo cual resulta apenas razonable ante la necesidad de que estos incentivos se apliquen a sus reales destinatarios. En ese sentido, sin la presentación de un documento de identidad en estas condiciones, difícilmente podría una entidad dar por acreditada alguna de las definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres establecidas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033 del 04 de febrero del 2022.. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.





Así mismo, un documento en el que se declare determinada persona se identifica con el género femenino o como mujer no podría remplazar o sustituir el documento de identidad, conforme se colige de la referida tarifa legal. Es precisamente por esto por lo que, en los procesos adelantados con los documentos tipo expedidos por esta Agencia, se exige que la condición de emprendimiento y empresa de mujeres se acredite presentando el “*Formato 12 – ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES*”, el cual debe ser acompañado del respectivo documento de identidad, conforme se indica de manera expresa en las variantes a, b y c de dicho documento.

3. Respuesta

“1. ¿La cédula de ciudadanía es el documento idóneo para certificar la condición de «Mujer», teniendo en cuenta que la cédula únicamente certifica el «Sexo» en términos de género donde se representa visualmente con una «F», para «Femenino» y con una «M» para «Masculino»?

2. En caso negativo al primer punto, ¿La condición de «Ser Mujer», puede ser acreditada mediante una manifestación de voluntad expresa del proponente en donde diga que es «Mujer», es decir, el «FORMATO — ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES», es suficiente para acreditar dicha condición?

3. Si un oferente aporta una cédula donde aparece en el descriptor «Sexo: M», es decir «Masculino», y radica el «FORMATO — ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES», identificándose como mujer.

a. ¿El hecho de que en la cédula de ciudadanía se certifique la característica «masculino», es excluyente de que se identifique como «Mujer»?

Esto teniendo en cuenta que la cédula no acredita la condición de «Ser Mujer», sino que se limita a certificar lo «Masculino» y lo «Femenino».

4. Una persona natural que,

a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Hombre».

b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino, y

c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo.

¿La anotación de «M», entendida como «Masculino», lo excluye de identificarse como «Mujer», o debería ser tratado como «Mujer», toda vez que la cédula no certifica el «Ser»?

5. Una persona natural que,





- a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Trans».
- b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino, y
- c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo.

¿La anotación de «M», entendida como «Masculino», lo excluye de identificarse como «Mujer», o debería ser tratado como «Mujer», toda vez que la cédula no certifica el «Ser Mujer»?

6. Una persona natural que,

- a. Por los estereotipos del entorno cultural donde se encuentre el comité evaluador estos interpretan que es un «Hombre».
- b. Además, en su cédula aparece una «M» de Masculino.
- c. Certifica ser «Mujer» en el formato respectivo, y
- d. Cuando se le pregunta por su condición afirma que se identifica como «Mujer» con orientación sexual de «Lesbiana», pero que le gusta expresarse como la cultura ha denominado «Hombre».

¿Este contexto lo excluye de identificarse como «¿Mujer», o debería ser tratado como «Hombre»?

Se plantea este caso, toda vez que el comité evaluador puede interpretar que no es «Mujer» y que eventualmente puede estar abusando del derecho.

7. El caso expresado en el punto 6, al ser un eventual conflicto entre un presunto abuso del derecho y un choque del derecho fundamental innominado a la Identidad de Género, reconocido por la Corte Constitucional

- a. ¿Debería resolverse a través de una interpretación del comité evaluador como un abuso del derecho de parte del proponente?, o
- b. ¿Debería resolverse de una manera donde prime el Derecho Fundamental Innominado a la Identidad de Género, reconocido por la Corte Constitucional, y aceptarse la condición de «Mujer» del proponente, sin exigir requisitos adicionales?».

En ejercicio de las competencias de los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como





una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos 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 brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adelantar alguna actuación en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con las consideraciones expuestas es posible afirmar que el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, establece diferentes definiciones de emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de la aplicación de los criterios diferenciales a los que se refiere el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020. De igual forma, el referido artículo 2.2.1.2.4.2.14 establece los documentos que acreditan cada una de las circunstancias por las cuales se puede demostrar que alguien tiene la calidad de emprendimiento y empresa de mujeres. Los documentos a los que se refiere la norma son, por regla general, certificaciones emitidas bajo la gravedad del juramento, acompañadas de los respectivos documentos de identidad.

De acuerdo con el numeral 2 del artículo precitado, una persona jurídica podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres. Como medio para la acreditación de la condición en comento, la disposición en cita establece una certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal en la que consten todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. Dicho documento además debe relacionar los nombres completos de las personas que integran el nivel directivo y los números de documentos de identidad de cada uno de ellos. Adicionalmente, la norma dispone que la mencionada certificación de presentarse acompañada de copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

Frente a las personas naturales 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”.





Por otra parte, es importante señalar que, partiendo de la concepción de la *identidad de género* como una construcción individual, se precisa entonces que el componente “sexo” que registra en la identificación de las personas, evolucionó en tal medida que la información consignada en este campo o ítem, por decirlo de alguna manera, debe entenderse como una decisión personal y no como una asignación ligada al sexo con el que se nace. Es por ello que las personas tienen la potestad de modificar su marcador de “sexo” para que coincida con su identidad, en caso de que requiera hacer el tránsito formal hacia otro género. Sobre el particular se ha indicado de manera reiterada que las personas con orientaciones de género diversas tienen derecho a adecuar sus documentos de identificación para que reflejen la identidad que les singulariza, de modo que sean tratadas socialmente en la forma en que se auto reconocen.

En línea con lo anterior, se resalta la importancia de la *identidad de género* como derecho en virtud del cual las personas pueden identificarse conforme a sus propias consideraciones. Sin embargo, la acreditación de la condición de “mujer”, para efectos de ser tenidas en cuenta como emprendimientos y empresas de mujeres, se realiza en atención a la identidad de género que se desprende de lo indicado en el marcador “sexo” establecido en los respectivos documentos de identificación de las personas, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, introducido por el Decreto 1860 de 2021. De esta manera para acceder a tales criterios diferenciales se precisa no solo identificarse con el género femenino, sino que se requiere que dicha identidad de género coincida con lo indicado en el marcador de “sexo” del documento de identidad, el cual constituye una tarifa legal para efectos de acreditar las condiciones establecidas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14.

Debido a lo anterior, un documento en el que se declare determinada persona se identifica con el género femenino no podría remplazar o sustituir el documento de identidad, conforme se desprende de la aludida tarifa legal. Por esta razón, en los procesos adelantados con documentos tipo se exige que la condición de emprendimiento y empresa de mujeres se acredite presentando el “*Formato 12 – ACREDITACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS Y EMPRESAS DE MUJERES*”, acompañado de los respectivos documentos de identidad, conforme se indica de manera expresa en las variantes a, b y c de dicho documento.

Con todo, es preciso advertir que corresponde a las entidades estatales contratantes analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto para con sustento en ellas determinar si efecto la documentación presentada es conducente para demostrar las definiciones establecidas en los numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015. En todo caso, la entidad deberá ceñirse a los medios de acreditación indicados por esta última norma.

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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Kevin Arlid Herrera Santa
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Ana María Ortiz Ballesteros
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo

Revisó: Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

