

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 el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley. 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.

DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14

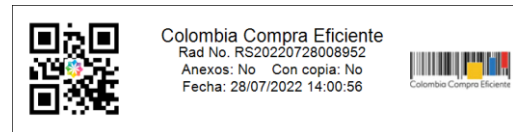
En desarrollo de lo dispuesto en el párrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen los requisitos de las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales.

SUCURSALES – Régimen jurídico – Generalidades

El artículo 263 del Código de Comercio define las sucursales como «[...] los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad».

Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.





Bogotá D.C., 26 de julio de 2022

Señor
Salomón Mora Hurtado
Bogotá D.C.

Concepto C – 481 de 2022

Temas: LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020– Finalidad / DECRETO 1860 DE 2021 – Vigencia / DECRETO 1860 DE 2021 – Emprendimientos y empresas de mujeres – Definición – Artículo 2.2.1.2.4.2.14 / SUCURSALES – Régimen jurídico – Generalidades

Radicación: Respuesta a consultas P20220610005797

Estimado señor Gutiérrez:

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 10 de junio de 2022.

1. Problema planteado

Su consulta se refiere al contenido del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, el cual establece los criterios para identificar emprendimientos y empresas de mujeres de cara a los incentivos del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 *ibidem*. Al respecto, usted realiza la siguiente pregunta: «¿Si el proponente es una sucursal colombiana de sociedad extranjera, para cumplir con ese requisito debe contarse solo con el personal vinculado bajo contrato laboral en Colombia [...] o al no ser una persona jurídica independiente, sino un establecimiento de comercio que depende de la matriz debe tenerse en cuenta en dicho cálculo los empleos de nivel directivo de la sociedad matriz? ».

2. Consideraciones



Para responder su consulta, en desarrollo del presente concepto, se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020 y ii) definición de emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos¹, 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-454 del 13 de julio de 2022, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

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.

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

¹ La Agencia también se ha pronunciado sobre las diferentes disposiciones de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, C-689 del 05 de enero de 2022, entre otros.

bienestar social y generar equidad»². 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 tarifas³, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁴. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁵, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁶ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁷.

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 mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020, los cuales crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Por un lado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 33.1 *ibidem*, el artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las mipymes al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos

² Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020>

³ Artículos 2 al 29.

⁴ Artículos 30 al 36.

⁵ Artículos 37 al 45.

⁶ Artículos 46 al 73.

⁷ Artículos 74 al 83.

diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas»⁸.

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, estas normas requieren el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020⁹ 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

⁸ Dicha norma debe armonizarse con el artículo 33.1 de la Ley de Emprendimiento, el cual dispone que «Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos: 1. Deberán en el Análisis de Sector identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación [...]».

⁹ Ley 2069 de 2020 «Artículo 32. Criterios Diferenciales para Emprendimientos y Empresas de mujeres en el Sistema De Compras Públicas. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

»Párrafo primero. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional».

procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos [...]», excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos 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 pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021¹⁰.

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

¹⁰ Decreto 1860 de 2021. «Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32,34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento».

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 vigente¹¹.

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, 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 las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales. Para estos efectos, cada uno de los cuatro numerales de la norma establecen unas condiciones alternativas que definen los emprendimientos y empresas de mujeres, a efectos de aplicar los criterios diferenciales, siendo relevante para la consulta el segundo de dichos numerales, cuyo tenor literal indica:

¹¹ Decreto 1860 de 2021. «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección 5 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 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.

»Párrafo. 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».

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 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.

[...]

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

De acuerdo con el numeral citado, una sociedad podrá ser considerada como un emprendimiento o empresa de mujeres cuando más del 50% de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres. Sin embargo, el supuesto de hecho de la norma transcrita, adicionalmente, exige que la vinculación laboral de las mismas, por lo menos, durante el año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección.

Esto quiere decir que, no basta con que los cargos directivos estén ocupados mayoritariamente por mujeres para que sea considerada como un empresa o emprendimiento a los que se refiere la norma, sino que además es necesario esta



circunstancia 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 el numeral 2 de la norma citada para definir los emprendimientos y empresas de mujeres deja por fuera de dicha categoría a aquellas sociedades que, a pesar de contar la vinculación mayoritaria de mujeres en cargos del nivel directivo, no cuenten con el requerimiento del tiempo mínimo de un año.

Si se revisan los demás numerales del artículo 2.2.1.2.4.2.14 es posible advertir que cada uno de estos coincide en exigir una antigüedad mínima de un año, respecto de la circunstancia en función de la cual se considera la existencia de un emprendimiento o empresa de mujeres. De esta manera, el numeral 1 establece como criterio que «[...] 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 [...]»; el numeral 3 requiere que la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año; y el numeral 4 que el 50% de la participación en la asociación o cooperativa haya correspondido a mujeres durante al menos el último año.

Lo anterior significa que sociedades con un término de constitución inferior a un año no encajan dentro de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14, pues incluso acreditando que más del 50% de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres, no cumplirían los requisitos establecidos en la norma en relación con la antigüedad mínima.

Debe advertirse que el texto de la norma bajo examen no establece alguna consideración subsidiaria o permisiva en virtud de la cual fuera posible ubicar dentro de la definición de emprendimientos y empresas de mujeres que realiza el numeral 2, a personas jurídicas con un término inferior a un año –como, por ejemplo, lo hace explícitamente el párrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pero para otros efectos¹²–. En ese sentido, es preciso descartar la posibilidad de que a una sociedad con un tiempo de constitución inferior a un año le aplique la definición de emprendimientos y empresas de mujeres del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14. Esto por cuanto, ni acreditando que más del 50% de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres

¹² El artículo de 35 de la Ley 2069 de 2020 desarrolla en sus doce numerales igual número de factores de desempate, algunos de los cuales tienen como presupuesto la acreditación de vinculaciones laborales de personas pertenecientes a ciertos grupos poblacionales. Con relación a los supuestos de hecho de dichos numerales, el párrafo segundo de la norma establece que: «[...] el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año», sin embargo, a continuación, el párrafo establece que: «Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma».

desde el momento mismo de su constitución de la persona jurídica sería posible cumplir con el tiempo mínimo de un año.

Esta conclusión surge en atención lo expresamente indicado en el texto de la norma, el cual es claro al exigir que «[...] 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 [...]». Por lo tanto, la presente interpretación además se impone en virtud de aquella regla según la cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»¹³.

A su turno, el numeral 2 del mencionado artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 define los empleos del nivel directivo como «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». De esta manera, los cargos directivos deberán identificarse de acuerdo con la definición que para el efecto estableció el Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021. Por tanto, independientemente de la denominación, si las funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico, el cargo será directivo bien porque se encuentra en un nivel especial de mando o, por su jerarquía, representan al empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁴.

Asimismo, debe agregarse que el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015¹⁵, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios

¹³ Código Civil Colombiano «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».

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».

¹⁵ 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

diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con 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.

Ambas normas están estrechamente relacionadas, pues tanto el artículo 2.2.1.2.4.2.14 como el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 desarrollan el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento. Este contexto, los criterios diferenciales incorporados en el artículo 3 del Decreto 2160 de 2021 solo benefician a quienes acrediten la condición de emprendimiento y empresa de mujeres en los términos anteriormente explicados. Por ello, mientras el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 los define con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven su participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 delimita la aplicación

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

- »1. Tiempo de experiencia.
- »2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.
- »3. Índices de capacidad financiera.
- »4. Índices de capacidad organizacional.
- »5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

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

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

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

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

»Parágrafo 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas».

de los criterios diferenciales a los «[...] los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional [...]».

Para estos efectos, es necesario tener en cuenta que la Ley 2069 de 2020 tiene como objetivo impulsar el emprendimiento en Colombia, por lo que adopta un conjunto de incentivos para los actores económicos nacionales¹⁶. Así las cosas, aunque una sociedad extranjera demuestre 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, los requisitos habilitantes diferenciales y los puntajes adicionales del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 solo se aplican para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Una sociedad extranjera no

¹⁶ Al respecto, desde la exposición de motivos del Proyecto de Ley de la Cámara de Representantes 122 de 2020, se explicaba lo siguiente: «En el Reporte GEM 2019 se encontró que el 60.5% de los colombianos consideró el ser empresario como una alternativa de carrera deseable, tendencia que se ha mantenido relativamente estable en los últimos años. Así mismo, este estudio resalta que, en ese mismo año, la TEA (Tasa de Actividad Emprendedora o Total Entrepreneurial Activity por sus siglas en inglés) aumentó algunos puntos porcentuales en comparación con el año 2018, en gran medida por el desarrollo del ecosistema y la inyección de capital extranjero en los últimos años.

»Adicionalmente, en 2016, el 53% de la población colombiana expresó su intención de crear empresa en los próximos 3 años. Sin embargo, el país presentó una “fuga” crítica al pasar de la etapa de “Emprendedor Intencional” a la etapa de “Emprendedor Naciente”, ya que mientras el 53% de la población adulta colombiana tiene la intención de crear empresa, sólo el 15% lo hace realidad. De la misma forma, el paso de “Emprendedor Naciente” a “Emprendedor Nuevo” también presentó una fuga significativa.

»De la misma manera, los niveles de discontinuidad empresarial presentaron una tendencia creciente de 6% en 2014 a 5% en 2019. Las principales razones que motivaron a los empresarios colombianos a vender, cerrar o abandonar su iniciativa empresarial fueron: Bajos niveles de rentabilidad (36.3%), motivos personales (23.4%) y problemas de financiación (13.6%).

»Se ha presentado un retroceso para 2019, ya que la proporción de empresarios establecidos disminuyó en 3% con respecto a 2018 y 2% para 2017. Colombia en la actualidad ocupa el puesto 42 entre 50 países.

»El país adolece de una masa crítica de empresas medianas con alta productividad, formales, y con capacidades de generar innovaciones de producto o proceso (Remes, y otros, 2019). Las empresas colombianas que se consolidan en el mercado crecen lentamente lo que se traduce en empresas con baja escala a las que se les dificultan los procesos de innovación y de aumento de la productividad. Así, sin importar el tamaño con el que nace una empresa, después de 5 años las empresas estadounidenses son 24% más grandes que las empresas colombianas y esta brecha se aumenta a 32% después de 10 años (Eslava, Haltiwanger, & Pinzón, 2018).

»El emprendimiento es un factor clave a la hora de aumentar tanto el número de empresas medianas altamente productivas, formales, e innovadoras, como la cantidad de personas en la clase media asalariada, con empleos formales, y alta capacidad de demanda de productos que estimule la inversión (DNP, 2020).

»En los reportes de emprendimiento, Colombia ha caído en los niveles que lo ubicaban como uno de los países de mayor desarrollo en el mundo, según Startupblink Global1 saliendo de los 40 principales lugares para emprender, después de Brasil, Chile, Argentina y México en el puesto 46, perdiendo 12 casillas con respecto al año inmediatamente anterior» (Cfr. GACETA DEL CONGRESO. Bogotá D.C., 11 de agosto de 2020. Año XXIX. N° 160. p. 9).

cumpliría con este requisito, pues el artículo 469 del Código de Comercio las define como aquellas «[...] constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior».

De acuerdo con el artículo 471 del Decreto Ley 410 de 1971, la conclusión de párrafo precedente no cambia por el hecho de que las sociedades extranjeras estén obligadas a constituir una sucursal con domicilio en el territorio nacional con el fin de emprender negocios permanentes en Colombia¹⁷. Sobre el particular, el inciso primero del artículo 263 del Código de Comercio dispone que «Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad». Esto significa que las sucursales carecen de una personería jurídica propia, pues –como establecimientos de comercio, en los términos del artículo 515 *ibidem*– constituyen «[...] un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa [...]», entendida esta última –conforme al artículo 25 *ibidem*– como «[...] toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios [...]»¹⁸. Por ello, mediante oficio 220- 58283 del 9 de diciembre de 1996, la Superintendencia de Sociedades explica que:

De conformidad con el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son «establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad». Para su apertura o incorporación es necesario que se le asignen recursos económicos para su funcionamiento, razón por la cual esta Superintendencia entiende que *la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la*

¹⁷ El artículo 471 del Código de Comercio dispone lo siguiente: «Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

- »1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y
- »2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país».

¹⁸ En congruencia con la explicación precedente, la doctrina explica que «Ni el establecimiento ni la empresa son sujetos de derecho, por lo cual carecen de capacidad de goce y de ejercicio; no pueden demandar ni ser demandados. Aquel es un conjunto de bienes y esta es la actividad económica organizada. Tiene la personalidad el empresario titular de la empresa y de los bienes, sea persona natural o moral; su patrimonio es la prenda general de los acreedores, conforme al principio general del derecho civil sobre la función del patrimonio» (Cfr. CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho comercial. Actos de comercio, comerciantes y empresarios. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2016. p. 123).

sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad.

En cuanto a las sucursales de las sociedades extranjeras, si bien la ley no las define, el artículo 497 del Código de Comercio, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras, el régimen de las nacionales, lo cual nos permite esbozar una definición de la sucursal de sociedad extranjera, así: «son sucursales de compañías extranjeras los establecimientos abiertos por éstas en el territorio nacional».

Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de sus representantes, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem «La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio [...]».

Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que *la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a las sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo. (Énfasis fuera de texto)*

En este contexto, la sucursal de una sociedad extranjera no es un ente autónomo distinto de quien la constituye, toda vez que no goza de personería jurídica independiente: se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad a través del cual desarrolla los negocios que comprende su objeto social. Por tanto, aunado a que las sociedades con domicilio principal en el exterior no son destinatarias de los criterios diferenciales del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, la calidad de emprendimientos y emprendimientos prevista en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 *ibidem* únicamente aplica a personas jurídicas, lo cual excluye establecimientos de comercio como la sucursal de una sociedad extranjera.

3. Respuestas

Su consulta se refiere al contenido del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, el cual establece los criterios para identificar emprendimientos y empresas de mujeres

de cara a los incentivos del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.15 *ibidem*. Al respecto, usted realiza la siguiente pregunta: «¿Si el proponente es una sucursal colombiana de sociedad extranjera, para cumplir con ese requisito debe contarse solo con el personal vinculado bajo contrato laboral en Colombia [...] o al no ser una persona jurídica independiente, sino un establecimiento de comercio que depende de la matriz debe tenerse en cuenta en dicho cálculo los empleos de nivel directivo de la sociedad matriz?».

De acuerdo con la explicación precedente, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los proponentes que no cumplan con 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.

Ambas normas están estrechamente relacionadas, pues tanto el artículo 2.2.1.2.4.2.14 como el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 desarrollan el artículo 32 de la Ley de Emprendimiento. Este contexto, los criterios diferenciales incorporados en el artículo 3 del Decreto 2160 de 2021 solo benefician a quienes acrediten la condición de emprendimiento y empresa de mujeres en los términos anteriormente explicados. Por ello, mientras el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015 los define con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven su participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 delimita la aplicación de los criterios diferenciales a los «[...] los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional [...]».

Para estos efectos, es necesario tener en cuenta que la Ley 2069 de 2020 tiene como objetivo impulsar el emprendimiento en Colombia, por lo que adopta un conjunto de incentivos para los actores económicos nacionales. Así las cosas, aunque una sociedad extranjera demuestre 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, los requisitos habilitantes diferenciales y los puntajes adicionales del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 solo se aplican para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Una sociedad extranjera no cumpliría con este requisito, pues el artículo 469 del Código de Comercio las define como aquellas «[...] constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior».

De acuerdo con el artículo 471 del Decreto Ley 410 de 1971, la conclusión de párrafo precedente no cambia por el hecho de que las sociedades extranjeras estén obligadas a constituir una sucursal con domicilio en el territorio nacional con el fin de emprender negocios permanentes en Colombia. Sobre el particular, el inciso primero del artículo 263 del Código de Comercio dispone que «Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad». Esto significa que las sucursales carecen de una personería jurídica propia, pues –como establecimientos de comercio, en los términos del artículo 515 *ibidem*– constituyen «[...] un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa [...]», entendida esta última –conforme al artículo 25 *ibidem*– como «[...] toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios [...]».

En este contexto, la sucursal de una sociedad extranjera no es un ente autónomo distinto de quien la constituye, toda vez que no goza de personería jurídica independiente: se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad a través del cual desarrolla los negocios que comprende su objeto social. Por tanto, aunado a que las sociedades con domicilio principal en el exterior no son destinatarias de los criterios diferenciales del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, la calidad de emprendimientos y emprendimientos prevista en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.14 *ibidem* únicamente aplica a personas jurídicas, lo cual excluye establecimientos de comercio como la sucursal de una sociedad extranjera.

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

Atentamente,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE (E)

Elaboró: Camilo Perdomo Villamil
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Montoya Penagos
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

