**CCE-DES-FM-17**

**MIPYMES – Noción – Alcance**

[…] Pequeña y Mediana Empresa –Mipyme– es una «unidad de explotación económica, realizada por personas natural[es] o jurídica[s], en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana», claro está, siempre que cumpla las dos condiciones requeridas en el mismo artículo, relacionadas con el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y sus activos totales.

En ese sentido, la norma dispone que: i) la mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria –UVT–, ii) la pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y iii) la microempresa es aquella que tiene una planta de personal de 10 trabajadores o menos o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales.

**MIPYMES – Incentivos contractuales**

A través del Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional reglamentó la norma transcrita, adoptando medidas para incentivar la contratación pública. Dentro de estas medidas se resaltan las «convocatorias limitadas a Mipymes» y la «limitación territorial» a Mipymes, contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3.

**MIPYMES NACIONALES – Inexistencia de Mipymes del orden territorial**

[…] las Mipymes nacionales genéricamente y, particularmente, a las Mipymes nacionales «domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato». En ambos casos se refiere a Mipymes nacionales, distinguiéndolas de las empresas extranjeras. Del artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 no se deriva que existan Mipymes del orden territorial. Esta categoría no existe en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme del orden nacional. Diferente es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con «domicilio» en un municipio o departamento puedan beneficiarse para ejecutar un contrato en dichos municipios o departamentos. De todos modos, las Mipymes domiciliadas en un municipio o departamento son Mipymes nacionales. En consecuencia, no es procedente distinguir entre Mipymes nacionales y Mipymes municipales o departamentales, habida cuenta de que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». La primera limitación se deriva del inciso primero de la referida norma, en cuanto a las modalidades de selección de contratistas, en el entendido que únicamente se puede limitar «la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos». Esto excluye, pues, la posibilidad de pedir la limitación de las convocatorias en los procesos de selección de mínima cuantía y también en los de contratación directa. Para los efectos de la consulta sub examine, se debe precisar que una de las causales de selección abreviada es la contratación de menor cuantía, según lo que establece el artículo 2, numeral 2, literal b, de la Ley 1150 de 2007.

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos tres (3) Mipymes nacionales presenten a la entidad la solicitud formal de limitar el proceso contractual; y por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Requisitos**

Colombia Compra Eficiente ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de Mipymes, y ha precisado que, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes «estudios del sector».

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Efectos en el tiempo**

[…] la limitación a Mipymes opera desde que se expide el acto administrativo de apertura del proceso de selección de que trata el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, y es con ocasión de la expedición de ese acto que la entidad debe verificar si se han cumplido o no las condiciones para la limitación a Mipymes. Ello explica que la solicitud deba recibirse al menos un día antes de dicho acto.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Selección abreviada – Manifestaciones de interés**

La presentación de las manifestaciones de interés en el proceso de selección abreviada de menor cuantía se hace con posterioridad al acto de apretura. Como consecuencia de ello, la etapa de manifestación de interés debe también estar limitada a este tipo de empresas si así se decidió en el acto de apertura del proceso y, claro está, siempre que se hayan verificado las condiciones de que trata el aparte anterior de este concepto.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DEL CPACA – Aplicación –Procedimientos contractuales**

[…] el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que prescribe que «[E]n cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales».

A la luz de lo anterior, se puede concluir que las normas del CPACA resultan aplicables a los procedimientos de selección de contratistas en la medida en que no sean incompatibles con la finalidad y principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni tampoco con las etapas y estructura de estos procedimientos especiales.

**MANIFESTACIÓN DE INTERÉS – Subsanabilidad – Inexistencia – Norma especial**

[…] se advierte que no existe una norma especial que se refiera a la posible «subsanación» de las manifestaciones de interés que se presentan en algunos procedimientos de selección de contratistas que cuentan con dicha etapa. Sobre este aspecto es relevante señalar que el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 tiene como ámbito de aplicación exclusivo la subsanación de las propuestas. Ello explica, entre otras cosas, que dicho artículo se refiera, solamente, al «rechazo de los ofrecimientos hechos».

Como consecuencia de esta realidad normativa, resulta necesario acudir a las normas del CPACA para suplir el vacío encontrado. El artículo 17 ofrece una respuesta para suplir el vacío encontrado en la legislación contractual.

Bogotá D.C., **28/07/2020 Hora 17:41:15s**

**N° Radicado: 2202013000006782**

Señor

**Juan Carlos Torres López**

Ciudad

**Concepto C – 459 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | MIPYME – Noción y alcance / MIPYMES – Incentivos contractuales / MIPYMES NACIONALES – Inexistencia de Mipymes del orden territorial / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Procedencia de la «limitación territorial» / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Efectos en el tiempo / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Selección abreviada – Manifestaciones de interés PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DEL CPACA – Aplicación a procedimientos contractuales / SUBSANACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DE INTERÉS – Inexistencia de norma especial |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000005424 |

Estimado señor Torres,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 25 de junio de 2020, 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.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «(i) ¿Cuándo un proceso es limitado a MiPymes, la manifestación de interés para participar en ese proceso también se puede restringir a MiPymes? (ii) ¿En los pliegos tipo o en los que no tengan esa calidad, se puede exigir que esa manifestación de interés para participar en el proceso únicamente sea a MiPymes, y en ese orden, si la entidad puede exigir los documentos necesarios que acrediten esa calidad de MiPymes conjuntamente con el formato de manifestación de interés? (iii) ¿De limitarse a MiPymes territoriales, todos los miembros de un oferente plural deben acreditar tal calidad? (iv) ¿Si las manifestaciones de interés no cumplen con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, se pueden desestimar y ser excluidos del sorteo de oferentes cuando este se realice? o ¿Es posible subsanar una manifestación de interés?»

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la posibilidad de limitar los procesos contractuales a Mipymes, en los conceptos del 5 y el 20 de agosto de 2019 –radicados Nos. 2201913000005596 y 2201913000006007– y, recientemente en los conceptos C-045 del 19 de febrero de 2020, C-050 del 25 de febrero de 2020, C-058 de 25 de febrero de 2020, C-083 del 11 de marzo de 2020, C-092 del 4 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-252 del 26 de mayo de 2020, CU-021 de 2020 del 21 de febrero de 2020 y C-401 de 12 de junio de 2020. La tesis propuesta se expone a continuación.

**2.1. La limitación de procesos de contratación a Mipymes**

Según el artículo 2 de La Ley 905 de 2004[[1]](#footnote-1), que modificó la Ley 590 de 2000, la Micro, Pequeña y Mediana Empresa –Mipyme– es una «unidad de explotación económica, realizada por personas natural[es] o jurídica[s], en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana», claro está, siempre que cumpla las dos condiciones requeridas en el mismo artículo, relacionadas con el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y sus activos totales.

En ese sentido, la norma dispone que: i) la mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria –UVT–, ii) la pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y iii) la microempresa es aquella que tiene una planta de personal de 10 trabajadores o menos o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales.

Por otro lado, el numeral 4º del artículo 12 de la Ley 590 de 2000 estableció que las entidades públicas deben preferir, en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros, a las Mipymes nacionales en sus adquisiciones[[2]](#footnote-2).

La normativa referida pretende fomentar las empresas que, por su tamaño o capacidad económica, no podrían competir en condiciones reales de igualdad con aquellas que cuentan con grandes capitales y plantas de personal. De este modo, estas pequeñas unidades de explotación económica no solo se hacen visibles dentro del mercado de bienes y servicios requeridos por las entidades públicas, sino que se promueve de manera directa el crecimiento de las regiones en las que tiene cabida tal actividad económica.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia del 23 de mayo de 2012, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero –exp. 40.743–[[3]](#footnote-3), destacó que las entidades públicas deben, por un lado, promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden y, por el otro, establecer procedimientos administrativos que les faciliten el cumplimiento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto.

Junto con la promoción dispuesta en la Ley 590 de 2000 se encuentra el articulo 12 la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, que estableció las convocatorias limitadas a Mipymes en contratación pública, en los siguientes términos:

Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, *las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento*.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

PARÁGRAFO 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen (Cursivas fuera de texto).

A través del Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional reglamentó la norma transcrita, adoptando medidas para incentivar la contratación pública. Dentro de estas medidas se resaltan las «convocatorias limitadas a Mipymes» y la «limitación territorial» a Mipymes, contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. Este último dice lo siguiente:

Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2., por su parte, es del siguiente tenor:

La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo;

2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación.

Puede decirse, entonces, que el Decreto 1082 de 2015 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas, las cuales, sin embargo, deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, una disposición prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales «*infra* literal a» y, por el otro, la otra establece la posibilidad de regular la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato «*infra* literal b».

Es de resaltar que estas normas se refieren a las Mipymes nacionales genéricamente y, particularmente, a las Mipymes nacionales «domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato». En ambos casos se refiere a Mipymes nacionales, distinguiéndolas de las empresas extranjeras. Del artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 no se deriva que existan Mipymes del orden territorial. Esta categoría no existe en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme del orden nacional. Diferente es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con «domicilio» en un municipio o departamento puedan beneficiarse para ejecutar un contrato en dichos municipios o departamentos. De todos modos, las Mipymes domiciliadas en un municipio o departamento son Mipymes nacionales. En consecuencia, no es procedente distinguir entre Mipymes nacionales y Mipymes municipales o departamentales, habida cuenta de que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

a) El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». La primera limitación se deriva del inciso primero de la referida norma, en cuanto a las modalidades de selección de contratistas, en el entendido que únicamente se puede limitar «la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos». Esto excluye, pues, la posibilidad de pedir la limitación de las convocatorias en los procesos de selección de *mínima cuantía* y también en los de *contratación directa*. Para los efectos de la consulta *sub* examine, se debe precisar que una de las causales de *selección abreviada* es la *contratación de menor cuantía*, según lo que establece el artículo 2, numeral 2, literal b, de la Ley 1150 de 2007.

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos tres (3) Mipymes nacionales presenten a la entidad la solicitud formal de limitar el proceso contractual; y por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación.

También ha dicho que «[s]i bien la normativa del sistema de compra pública no establece como requisito acreditar la relación entre el objeto de la Mipyme y el objeto contrato, es imperativo que la entidad estatal verifique que quienes solicitan la limitación del proceso a Mipyme tienen un objeto social similar al objeto del contrato y, de ser así, la entidad deberá limitar el proceso de contratación a Mipymes». En efecto, en concepto del 27 de septiembre de 2019 −radicado No. 2201913000007211−, esta Subdirección expuso cuatro argumentos que sustentan tal exigencia, a saber:

En primer lugar, es pertinente acudir a los criterios de interpretación de la legislación civil por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El Código Civil dispone el criterio de aplicación útil, según el cual el sentido de la cláusula que produce algún efecto debe preferirse a aquel que no produzca ninguno, en correspondencia con este criterio, la entidad estatal debe aplicar la regla en el sentido que tenga efectos útiles para el proceso de contratación, de modo puede servirse de las solicitudes recibidas para conocer si existen Mipymes interesadas que produzcan los bienes o servicios requeridos y que justifiquen la limitación.

[…]

Como segundo punto, la entidad debe buscar que con el procedimiento de selección se cumplan los principios y fines de la contratación estatal, entre los cuales está la continua y eficiente prestación del servicio , por ello debe analizar si los solicitantes y los proponentes son capaces de cumplir el contrato, entregando bienes o servicios de calidad; por ello, cuando el proponente no tiene la capacidad para ejecutar el contrato no es habilitado, así mismo, el solicitante que no demuestre su capacidad tampoco debe ser tenido en cuenta para la convocatoria.

Como tercer punto, la entidad estatal según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 debe «establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes», por ello puede desde la solicitud asegurarse que son Mipymes producen las que los bienes o servicios que requiere el contrato, pero esto es posible si se evalúa las actividades que desarrollan los solicitantes. Una vez se verifican los objetos sociales, la entidad puede ofrecer condiciones de preferencia a las Mipyme correctas, pues la limitación impide que otro tipo de personas jurídicas accedan al proceso de contratación.

Finalmente, el tercer inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 dispone que es deber de los entes del Estado «garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación», esta satisfacción de la necesidad estatal solo es posible si los beneficiarios del incentivo son aquellas Mipyme que cumplen las condiciones técnicas requeridas y por ello la entidad debe verificar en todas las etapas del proceso que los beneficios de la convocatoria son aquellos que satisfacen tal necesidad, así en atención a lo antes explicado, la entidad estatal utiliza las solicitudes recibidas para asegurarse que las Mipymes solicitantes producen los bienes o servicios que requiere.

De todos modos, las Mipymes nacionales que pretendan participar en el proceso de selección deben acreditar mínimo un año de existencia, para lo cual deben presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación[[4]](#footnote-4).

b) Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. *ibidem*, la entidad puede –*no debe*– decidir si limita la convocatoria a las Mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato[[5]](#footnote-5). Esto de acuerdo con lo establecido en artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, norma que se refiere a la facultad de la Administración con el verbo infinitivo «poder», no «deber». Colombia Compra Eficiente ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar *territorialmente* una convocatoria de Mipymes, y ha precisado que, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes «estudios del sector».

El artículo 2.2.1.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «En las convocatorias limitadas, la Entidad Estatal debe aceptar solamente las ofertas de Mipyme, consorcios o uniones temporales formados únicamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme»[[6]](#footnote-6).

La norma no distingue si la convocatoria limitada se refiere a las convocatorias limitadas a Mipymes nacionales, de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.2., o a convocatorias con limitaciones a Mipymes domiciliadas en el respectivo departamento o municipio, de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. Debido a que la norma no distingue, esta disposición aplica para cualquier tipo de convocatoria limitada, sin que resulte relevante que se trate de limitación a Mipymes nacionales o con limitación territorial. Esto es así como consecuencia de las reglas de interpretación de las normas jurídicas y en particular de conformidad con la regla según la cual donde la norma no distingue no le es dado distinguir al intérprete. En ese orden de ideas, si la entidad ha decidido ejercer la discreción otorgada por el artículo 2.2.1.2.4.2.3, la Entidad solamente debe aceptar las ofertas de Mipyme o estructuras plurales conformadas únicamente por Mipymes que cumplan con la respectiva limitación territorial.

En otras palabras, si la convocatoria ha sido limitada a Mipymes domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato, todas las Mipymes que conformen el consorcio, la unión temporal o sean parte de la promesa de sociedad futura deben estar domiciliadas en el respectivo municipio o departamento.

**2.2. La limitación a Mipymes en procedimientos con etapa de manifestación de interés**

En el ordenamiento jurídico colombiano algunos procedimientos incluyen una etapa para la manifestación de interés de los potenciales oferentes y resulta necesario establecer la manera en la cual aplican las normas sobre limitación de convocatorias a Mipymes en este tipo de procedimientos.

Sobre este asunto es importante reseñar que el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 citado más atrás establece que la entidad «debe limitar a las Mipyme (…) la convocatoria al Proceso de Contratación» y para ello, en su inciso segundo el artículo exige que la entidad «debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación».

De conformidad con esta disposición, la limitación a Mipymes opera desde que se expide el acto administrativo de apertura del proceso de selección de que trata el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, y es con ocasión de la expedición de ese acto que la entidad debe verificar si se han cumplido o no las condiciones para la limitación a Mipymes. Ello explica que la solicitud deba recibirse al menos un día antes de dicho acto.

Según las normas vigentes, entonces, la limitación a Mipymes ocurre con la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de selección. La consecuencia jurídica de ello es que solamente a partir de este momento las entidades estatales se encuentran habilitadas por el ordenamiento para verificar que los oferentes o manifestantes de interés cumplen con los requisitos para participar en la convocatoria limitada. Esta es una aplicación particular del efecto general inmediato[[7]](#footnote-7) que tienen los actos jurídicos en el ordenamiento colombiano, esto es que los actos administrativos entran en vigor y producen efectos, por regla general, a partir de su expedición.

Establecido el momento en el cual se deben verificar las condiciones para la limitación a Mipymes, es necesario determinar la ubicación de la etapa de manifestación de interés en los procedimientos de selección. Con base en ello podrá concluirse si la entidad puede exigir la acreditación o no de la calidad de Mipymes junto con la manifestación de interés. Si la manifestación de interés precediera el acto de apertura, no se podría exigir la calidad de Mipymes a quienes manifestaran interés en participar, pues el procedimiento aún no se encontraría limitado. Por el contrario, si la etapa de manifestación de interés ocurre con posterioridad al acto de apertura, sí se podrá exigir la calidad de Mipymes a quienes manifiesten interés.

El artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015 reglamenta el trámite a seguir para el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. El numeral primero de este artículo prescribe lo siguiente:

«En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones».

La presentación de las manifestaciones de interés en el proceso de selección abreviada de menor cuantía se hace con posterioridad al acto de apretura. Como consecuencia de ello, la etapa de manifestación de interés debe también estar limitada a este tipo de empresas si así se decidió en el acto de apertura del proceso y, claro está, siempre que se hayan verificado las condiciones de que trata el aparte anterior de este concepto.

**2.3. Reglas del procedimiento administrativo general del CPACA y su aplicación a los procedimientos contractuales: la «subsanación» de las manifestaciones de interés**

Los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la selección de contratistas tienen naturaleza jurídica de procedimientos administrativos. Tal ha sido la comprensión que ha tenido el Consejo de Estado; en ese sentido, la máxima corporación de lo contencioso administrativo ha dicho:

El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación[[8]](#footnote-8).

De manera similar, y en relación con la aplicación del debido proceso en los procedimientos administrativos contractuales, la misma corporación sostuvo:

A esta clase pertenecen**: los procesos de selección de contratistas** -cuya naturaleza de procedimiento es innegable -, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no

(…)

En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas[[9]](#footnote-9).

De la caracterización de los procedimientos de selección de contratistas como procedimientos administrativos se derivan importantes consecuencias para la integración de su régimen jurídico. En ese contexto, es importante llamar la atención sobre el artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[10]](#footnote-10), según el cual, en lo no previsto en las leyes especiales sobre procedimientos, se aplicarán las normas generales de que trata el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Dicha norma, además, constituye una garantía ciudadana en la medida en que permite que las «falencias normativas de estos últimos, que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas […] deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte»[[11]](#footnote-11) de ese Código.

En similar sentido se encuentra el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que prescribe que «[E]n cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales».

A la luz de lo anterior, se puede concluir que las normas del CPACA resultan aplicables a los procedimientos de selección de contratistas en la medida en que no sean incompatibles con la finalidad y principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni tampoco con las etapas y estructura de estos procedimientos especiales.

Vistas las normas en materia de procedimientos especiales de carácter contractual, se advierte que no existe una norma especial que se refiera a la posible «subsanación» de las manifestaciones de interés que se presentan en algunos procedimientos de selección de contratistas que cuentan con dicha etapa. Sobre este aspecto es relevante señalar que el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 tiene como ámbito de aplicación exclusivo la subsanación de las propuestas[[12]](#footnote-12). Ello explica, entre otras cosas, que dicho artículo se refiera, solamente, al «rechazo de los ofrecimientos hechos».

Como consecuencia de esta realidad normativa, resulta necesario acudir a las normas del CPACA para suplir el vacío encontrado. El artículo 17 ofrece una respuesta para suplir el vacío encontrado en la legislación contractual. Ese artículo dispone:

ARTÍCULO 17. PETICIONES INCOMPLETAS Y DESISTIMIENTO TÁCITO.  En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

Sobre la filosofía de esta norma, la doctrina ha aclarado lo siguiente:

Las autoridades administrativas, al igual que las judiciales, normalmente requieren datos y elemento probatorios para tomar decisiones. Todos, entre otras causas, pueden ser necesarios tanto para acreditar la legitimación para pedir, en los eventos en que el ordenamiento exige una calidad especial en el peticionario, como para soportar fácticamente la decisión[[13]](#footnote-13).

La disposición citada, así como su sentido, explicado por la doctrina, permiten afirmar que las autoridades administrativas que se enfrenten a una manifestación de interés incompleta o con defectos deberán requerir al peticionario (manifestante de interés) para que complete o ajuste su petición.

La oportunidad para completar la petición o «subsanar» la manifestación de interés resulta ajustada a la lógica y estructura de los procedimientos de selección de contratistas. No obstante, los términos del artículo 17 «no son compatibles con la finalidad y principios» del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la medida en que introducirían dos términos, uno de 10 días para requerir y otro de un mes para completar, situación que impactaría considerablemente la eficiencia requerida en este tipo de procedimientos, al tiempo que desestructuraría por completo sus etapas, previstas en las normas especiales que prevalecen según lo estudiado.

En ese contexto, la oportunidad otorgada por el artículo 17 del CPACA para completar peticiones debe integrarse en los procedimientos de selección de contratistas en relación con las manifestaciones de interés, sin desconocer las etapas propias de estos procedimientos especiales. En consecuencia, las autoridades dentro de la propia etapa de manifestación de interés deben otorgar un término razonable a los manifestantes de interés para que completen su petición; lo anterior, sin que la autoridad deba afectar la estructura general del procedimiento, esto es, por ejemplo, aplazar las etapas subsiguientes o prorrogar la etapa de manifestación de interés.

Esta es la interpretación del ordenamiento que mejor compatibiliza los derechos de los manifestantes de interés y los principios en materia de contratación estatal, en especial los de eficacia y eficiencia, pues la autoridad tan pronto como advierte que existe un defecto en una manifestación de interés lo debe informar al peticionario para que este complete o corrija su petición –lo que garantiza sus derechos– dentro un término razonable y siempre dentro de la etapa procedimental correspondiente –lo que respeta los principios de la contratación estatal–.

**3. Respuestas**

«(i) ¿Cuándo un proceso es limitado a MiPymes, la manifestación de interés para participar en ese proceso también se puede restringir a MiPymes?

Según las normas vigentes, entonces, la limitación a Mipymes ocurre con el acto administrativo de apertura del proceso de selección. La consecuencia jurídica de ello, es que solamente a partir de ese momento las entidades estatales se encuentran habilitadas por el ordenamiento para verificar que los oferentes o manifestantes de interés cumplen con los requisitos para participar en la convocatoria limitada. Esta es una aplicación particular del efecto general inmediato[[14]](#footnote-14) que tienen los actos jurídicos en el ordenamiento colombiano, esto es que los actos administrativos entran en vigor y producen efectos, por regla general, a partir de su expedición.

El artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015 reglamenta el procedimiento a seguir para el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. El numeral primero de este artículo prescribe lo siguiente:

«En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones».

La presentación de las manifestaciones de interés en el proceso de selección abreviada de menor cuantía se hace con posterioridad al acto de apertura. Como consecuencia de ello, la etapa de manifestación de interés debe también estar limitada a este tipo de empresas si así se ha decidido en el acto de apertura del proceso y, claro está, siempre que se hayan verificado las condiciones de que trata el aparte 2.1. de este concepto.

(ii) ¿En los pliegos tipo o en los que no tengan esa calidad, se puede exigir que esa manifestación de interés para participar en el proceso únicamente sea a MiPymes, y en ese orden, si la entidad puede exigir los documentos necesarios que acrediten esa calidad de MiPymes conjuntamente con el formato de manifestación de interés?

Como se dijo frente a la pregunta anterior, la presentación de las manifestaciones de interés en el proceso de selección abreviada de menor cuantía se hace con posterioridad al acto de apretura. Como consecuencia de ello, la etapa de manifestación de interés debe también estar limitada a este tipo de empresas si así se decidió en el acto de apertura del proceso y, claro está, siempre que se hayan verificado las condiciones de que trata el aparte 2.1. de este concepto.

(iii) ¿De limitarse a MiPymes territoriales, todos los miembros de un oferente plural deben acreditar tal calidad?

El artículo 2.2.1.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «En las convocatorias limitadas, la Entidad Estatal debe aceptar solamente las ofertas de Mipyme, consorcios o uniones temporales formados únicamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme»[[15]](#footnote-15).

La norma no distingue si la convocatoria limitada se refiere a las convocatorias limitadas a Mipymes nacionales, de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.2., o a convocatorias con limitaciones a Mipymes domiciliadas en el respectivo departamento o municipio, de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. Debido a que la norma no distingue, esta disposición aplica para cualquier tipo de convocatoria limitada, sin que resulte relevante que se trate de limitación a Mipymes nacionales o con limitación territorial. Esto es así como consecuencia de las reglas de interpretación de las normas jurídicas y en particular de conformidad con la regla según la cual donde la norma no distingue no le es dado distinguir al intérprete. En ese orden de ideas, si la entidad ha decidido ejercer la discreción otorgada por el artículo 2.2.1.2.4.2.3, la entidad solamente debe aceptar las ofertas de Mipyme o estructuras plurales conformadas únicamente por Mipymes que cumplan con la respectiva limitación territorial.

(iv) ¿Si las manifestaciones de interés no cumplen con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, se pueden desestimar y ser excluidos del sorteo de oferentes cuando este se realice? o ¿Es posible subsanar una manifestación de interés?»

La oportunidad para completar la petición o «subsanar» la manifestación de interés resulta ajustada a la lógica y estructura de los procedimientos de selección de contratistas. No obstante, los términos del artículo 17 «no son compatibles con la finalidad y principios» del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la medida en que introducirían dos términos, uno de 10 días para requerir y otro de un mes pasa completar, situación que impactaría considerablemente la eficiencia requerida en este tipo de procedimientos, al tiempo que desestructuraría por completo sus etapas previstas en las normas especiales.

En ese contexto, la oportunidad otorgada por el artículo 17 del CPACA para completar peticiones debe integrarse en los procedimientos de selección de contratistas en relación con las manifestaciones de interés, sin desconocer las etapas propias de estos procedimientos especiales. En consecuencia, las autoridades dentro de la propia etapa de manifestación de interés deben otorgar un término razonable a los manifestantes de interés para que completen su petición; lo anterior, sin que la autoridad deba afectar la estructura general del procedimiento, esto es, por ejemplo, aplazar las etapas subsiguientes o prorrogar la etapa de manifestación de interés.

Esta es la interpretación del ordenamiento que mejor compatibiliza los derechos de los manifestantes de interés y los principios en materia de contratación estatal, en especial los de eficacia y eficiencia, pues la autoridad tan pronto como advierte que existe un defecto en una manifestación de interés lo informa al peticionario para que este complete o corrija su petición –lo que garantiza sus derechos– dentro un término razonable y siempre dentro de la etapa procedimental correspondiente –situación que respeta los principios de la contratación estatal–.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto Cifuentes  Contratista Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 2o. definiciones. Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

   »1. Mediana empresa: // a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o // b) Activos totales por valor entre 100.000 a 610.000 UVT.

   » Pequeña empresa: // a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o // b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

   »3. Microempresa: // a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o, // b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 12. Concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado. Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2o de la Ley 80 de 1993 o de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales: […]

   »4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales». [↑](#footnote-ref-2)
3. Allí se dijo: «La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano; 3. El acceso a mercados financieros, y; 4. La creación de unidades empresariales (…) Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la concurrencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben: 1. Desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente a la preferencia de normas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1450 de 2011: «Artículo 32. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1450 de 2011: «Artículo 32. Parágrafo 1°: En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato». [↑](#footnote-ref-5)
6. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre el punto la Corte Constitucional en sentencia C-646 de 2000 dijo: «La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso». [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 1 de agosto de 1991. Exp. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernandéz. Ver también: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Cotencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007. Exp. 15.324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. CORTE CONSTITUCIONAL. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
10. El artículo citado establece: «ARTÍCULO 34. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-10)
11. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2017. párrafo 841. [↑](#footnote-ref-11)
12. El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que ahora prescribe:

    «Artículo 5°. De la selección objetiva.

    (... )

    »Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». [↑](#footnote-ref-12)
13. MARIN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Derecho de Petición y Procedimiento Administrativo. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2016. p. 474. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sobre el punto la Corte Constitucional en sentencia C-646 de 2000 dijo: «La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso». [↑](#footnote-ref-14)
15. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-15)