**CCE-DES-FM-17**

**MIPYME – Noción ‒ Alcance**

[...] Pequeña y Mediana Empresa ─Mipyme─ es una «unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana», 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.

Específicamente, 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─. 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. La microempresa, por otro lado, 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.

**MIPYME – Incentivos contractuales**

A través del Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 ─posteriormente modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011─, adoptando medidas para incentivar la contratación pública, dentro de las que se pueden resaltar la «limitación territorial» a Mipymes y las «convocatorias limitadas a Mipymes», contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

**MIPYME NACIONALES – Inexistencia de Mipyme del orden territorial**

Los artículos 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 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 Mipymes del orden nacional. Otra cosa es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con domicilio en un municipio o departamento puedan beneficiarse en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su domicilio. 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 que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Mipyme nacionales ‒ Requisitos**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos a acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer la «convocatoria limitada a Mipymes», en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y turismo.

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos tres Mipymes nacionales presenten la solicitud formal de limitar el proceso contractual a Mipymes nacionales y, por el otro, que estas deben hacer dicha solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con tales exigencias, esta entidad ha precisado que «[s]i bien la normativa del sistema de compra publica 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». También ha dicho que la entidad estatal también debe aceptar las ofertas consorcios o uniones temporales formados exclusivamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Mipyme nacionales ‒ Limitación territorial – Requisitos**

Esta entidad ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de Mipymes y ha precisado que, de todos modos, la decisión de hacerlo debe estar justificada en los correspondientes «estudios de sector». Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en la consulta resuelta en el radicado No. 2201813000008184, de fecha 7 de septiembre de 2018, se dijo que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, las Mipymes beneficiadas deben tener su domicilio principal en el municipio o departamento donde se ejecutará el contrato para poder participar en una convocatoria limitada territorialmente.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Limitación territorial ‒ Procedencia**

[…] la limitación a Mipymes nacionales a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, opera de pleno derecho, pero no «limitación territorial» referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. ibidem, pues esta es facultativa de la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato» y que la entidad justifique su decisión en los «estudios del sector».

[…]

[…], una vez se verifican los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, la entidad queda habilitada para decidir si limita o no la convocatoria «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», sin que sea relevante el domicilio de las Mipymes nacionales que solicitaron limitar la convocatoria.

**EXPERIENCIA – Personas jurídicas – Acreditación**

El Decreto 1082 de 2015 permite a las personas jurídicas cuya constitución sea menor a tres (3) años acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

Sin embargo, no determinó si la experiencia acreditada seguiría siendo válida culminado el término de 3 años desde la constitución de la sociedad. Con todo, con fundamento en los principios que gobiernan la contratación estatal y la finalidad de la norma, que no es otra que incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal, se puede decir que las entidades estatales, en sus procesos de contratación, deben tener «como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas». Así lo consideró Colombia Compra Eficiente en el concepto cuyos fundamentos jurídicos se reiteran en la presente ocasión.

**EXPERIENCIA ‒ Personas jurídicas – Decreto 1082 de 2015 – Guía para promover la participación de las Mipyme – Procesos de compra pública – Normas complementarias**

[…], el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 y la citada Guía no presentan una contradicción. Por el contrario, con fundamento en las consideraciones plasmadas en este documento, se puede decir que se trata de dos documentos complementarios, en el entendido que en ambos textos el sentido es el mismo, esto es, incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal, permitiéndoles a las personas jurídicas cuya constitución es menor a tres años, incluidas las Mipymes, acreditar la experiencia requerida para participar en el sistema de contratación pública, a través de la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, pudiendo incluso “usarla” luego de haber existido por más de tres años.

Bogotá D.C., **21/02/2020 Hora 11:56:53s**

**N° Radicado: 2202013000001160**

Señor(a)

**Anghelo Emir González González**

Arauca, Arauca

**Concepto CU ─ 021 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | MIPYME ― Noción y alcance / MIPYME - Incentivos contractuales – normativa. MIPYMES NACIONALES ― Inexistencia de Mipymes del orden territorial. CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Requisitos / LIMITACIÓN TERRITORIAL ─ Requisitos / Procedencia / No opera de pleno derecho.EXPERIENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ― Acreditación / EXPERIENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS – Decreto 1082 de 2015 – Guía para promover la participación de las Mipymes – Procesos de compra pública – Normas complementarias |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4201912000008616 |

Estimado señor González González,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 30 de diciembre de 2019, 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**

Basado en la hipótesis de «un proceso de contratacion (sic) adelantado por una entidad estatal en el cual no supera el monto señalado para la menor cuantia (sic) y es limitado por 3 mipymes municipales y 3 departamentales», usted realiza las siguientes preguntas: i) ¿«la entidad debe limitar el proceso a mipyme municipal o departamental?»; ii) «[…] el caso en concreto varia teniendo más limitaciones de un lado que del otro, [esto es], cambia el factor de limitar […] [si] se allegan 4 mipymes municipales y 3 departamentales». Igualmente, nos pide que aclaremos iii) «[..:] lo señalado en la Guia (sic) PARA PROMOVER LA PARTICIPACION DE LAS MIPYMES EN LOS PROCESOS DE COMPRA PUBLICA, # 7 acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, en el cual señala lo siguiente: "tenga en cuenta que, con el fin de incentivar la participacion (sic) continua y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratacion (sic), tendran (sic) como valida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso DESPUES de cumplidos los tres años de constitucion (sic) de la sociedad(...), Lo anterior sin tener en cuenta lo cosignado (sic) en el numeral 2.5. del articulo (sic) 2.2.1.1.1.5.2./1082 (sic)[,] el cual expresa que se podrá acreditar la experiencia si la constitucion (sic) del interesado es menor a 3 años»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta es necesario realizar algunas consideraciones en relación con el alcance de la limitación que regula el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, y la «Guía para promover la participación de las Mipymes en los procesos de compra pública», expedida por esta entidad, particularmente en lo relacionado con la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de las Mipymes.

**2.1. Convocatorias limitadas por el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015**

Según el artículo 2 de La Ley 905 de 2004[[1]](#footnote-2), 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[[2]](#footnote-3).

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 las adquisiciones necesarias para su funcionamiento[[3]](#footnote-4).

La normativa referida pretende fomentar las empresas que, por su tamaño o capacidad económica, no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas que cuentan con grandes capitales y plantas de personal. De este modo, no solo estas pequeñas unidades de explotación económica 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, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia con número de expediente 40.743, del 23 de mayo de 2012[[4]](#footnote-5), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, 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”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-862 de 2008, estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y señaló, entre otras cuestiones, que la intención del legislador fue implementar acciones afirmativas en la contratación de las micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y la creación de empresa, así como la generación de empleos formales.

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, la que prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales «*infra* literal a» y, por el otro, la que 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 Mipymes del orden nacional. Otra cosa es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con domicilio en un municipio o departamento puedan beneficiarse en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su domicilio. 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 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». El numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer esa «convocatoria limitada a Mipymes», en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Nótese que la norma no hace referencia a la tasa de cambio representativa del mercado ─TRM[[5]](#footnote-6)─, establecida diariamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, según lo que establece el artículo 40 de la Resolución Externa No. 1 de 2018 y la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146, ambas expedidas por el Banco de la República.

Para establecer dicha tasa, el Ministerio toma en cuenta como parámetros, por un lado, el promedio de la TRM[[6]](#footnote-7) de los dos años anteriores al periodo a calcular y, por el otro, los «veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América» a los que se refiere el numeral 1º del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. Así lo ha hecho para los periodos 2015[[7]](#footnote-8)-2017, 2018-2019 y 2020-2021 (vigente)[[8]](#footnote-9).

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. En relación con tales exigencias, Colombia Compra Eficiente ha precisado que «[s]i bien la normativa del sistema de compra publica 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»[[9]](#footnote-10).También ha dicho que la entidad estatal debe aceptar las ofertas de consorcios o uniones temporales formados exclusivamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme»[[10]](#footnote-11).

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[[11]](#footnote-12).

**b)** Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. *ibidem*, la entidad puede ─no tiene que─ decidir si limita la convocatoria a las Mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato[[12]](#footnote-13). 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 de sector». Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en la consulta resuelta en el radicado No. 2201813000008184, del 7 de septiembre de 2018, se dijo que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, las Mipymes beneficiadas deben tener su domicilio principal en el municipio o departamento donde se ejecutará el contrato para poder participar en una convocatoria limitada territorialmente[[13]](#footnote-14).

Adicionalmente, en la consulta No. 215130008193, del 9 de noviembre de 2015, esta Subdirección sostuvo que «[p]ara limitar un Proceso de Contratación a Mipymes territoriales la Entidad Estatal debe tener en cuenta que se cumplan necesariamente 3 supuestos». Los dos primeros, se dijo, están en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, mientras que el tercero se encuentra en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibidem*. Este último, «debe entenderse en el sentido que si las Mipymes que manifiestan su interés en limitar la convocatoria son por lo menos tres Mipyme domiciliadas en el departamento o municipio, la limitación será territorial y no nacional». Este entendimiento de la norma, sin embargo, da lugar a dos interpretaciones sobre las que se deben hacer unas precisiones.

*Por un lado*, supone que la decisión de limitar territorialmente la convocatoria opera de pleno derecho cuando lo solicitan tres Mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o en el departamento en el que se va a ejecutar el contrato. Sin embargo, se debe tener presente que lo que sucede de pleno derecho es la limitación a Mipymes nacionales a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, pero no «limitación territorial» referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibídem*, pues esta, como ya se dijo, es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme nacionales «domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato» y que la entidad justifique su decisión en los «estudios del sector». No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la «limitación territorial» a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

Es del caso insistir en que si la entidad ejerce la facultad que le confiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, tendrá que justificar dicha decisión, acudiendo a criterios técnicos y económicos, y en todo caso, explicando concretamente las razones que justifican tal determinación. También se debe reiterar que el origen de las Mipymes que solicitan la «limitación territorial» no es relevante frente a dicha decisión, por dos razones. Primero, porque las Mipymes no están habilitadas para pedir la «limitación territorial», lo están para pedir la «convocatoria limitada a Mipymes», y, segundo, porque el único criterio a tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipymes, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

*Por otro lado*, supone que la decisión de la entidad únicamente puede darse si la solicitud provino de tres o más Mipymes domiciliadas en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato. Sin embargo, una vez se verifican los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, la entidad queda habilitada para decidir si limita o no la convocatoria «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», sin que sea relevante el domicilio de las Mipymes nacionales que solicitaron limitar la convocatoria.

Puede pasar, por ejemplo, que tres Mipymes nacionales domiciliadas en la capital de la República soliciten la limitación de un proceso contractual iniciado por el Distrito de Bogotá, para un contrato a ejecutar allí mismo. En ese caso, la entidad tendría que limitar el proceso a Mipymes nacionales, claro está, siempre que se cumplan los requisitos legales, pero se reservaría la posibilidad de limitar el proceso contractual a las Mipymes nacionales domiciliadas en Bogotá o Cundinamarca, por ser el lugar de ejecución del contrato. Pero también puede acontecer que aquellas le soliciten al municipio de Medellín que limite un trámite adelantado en esa entidad territorial. En este caso, si se cumplen las exigencias del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, el municipio tendrá que limitar el proceso a Mipymes nacionales y puede decidir si, además, lo limita territorialmente. En este último evento es irrelevante que las solicitantes tengan su domicilio en Bogotá o, incluso, que lo tuvieran en diferentes lugares del país. De todos modos, el municipio de Medellín solo podrá limitar «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», esto es, para Mipymes nacionales cuyo domicilio sea en Medellín o en el departamento de Antioquia. A la misma conclusión habría que llegar, incluso, si la entidad contratante es del orden nacional, se itera, porque lo relevante aquí es el lugar de ejecución del contrato a limitar.

Ahora bien, en este último caso puede pasar que el contrato se vaya a ejecutar en varios municipios o departamentos. En estos eventos la entidad pública tendría que limitarlo a todos los municipios o departamentos en los que se vaya a ejecutar el contrato, siempre que decida ejercer la facultad de limitar territorialmente la convocatoria. Esto es así porque el ejercicio de la facultad a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 debe hacerse dentro del ordenamiento jurídico, eso es, atendiendo la regla que, para esos efectos, establece el referido artículo, el cual, valga la pena decirlo, se refiere a «los municipios o departamentos» en plural y no a un municipio o a un departamento ─en singular─.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu propio* hacer la «limitación territorial» de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, ya que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante «limitación a Mipymes nacionales», lo cual supone la verificación de los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

En suma, el Decreto 1082 de 2015 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas que deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales. Por el otro, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. establece la posibilidad de limitar la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, por supuesto, siempre que la entidad así lo decida y sólo si se cumplen las exigencias del artículo 2.2.1.2.4.2.2.

**2.2. Experiencia de los socios, accionistas y constituyentes de las Mipymes**

El numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 les permite a las personas jurídicas cuya constitución sea menor a tres (3) años acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, en los siguientes términos:

Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

(…)

2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

En el concepto del 20 de agosto de 2019, emitido dentro del radicado No. 2201913000006028, esta entidad consideró, en relación con la norma transcrita, que «[a] pesar de que la experiencia es esencialmente inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma». De esta manera, una sociedad con menos de tres años de constituida puede aportar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes. Sin embargo, si se pierde esta calidad durante los primeros tres años de existencia de la sociedad, como sucedería cuando un socio se retira por venta o cesión de su participación y pierde su calidad de socio, la experiencia aportada por quien se retira no deberá ser tenida en cuenta por las entidades estatales, y no debería ser utilizada por el proponente en procesos de contratación, ya que es inherente a la persona que la ha obtenido.

Le corresponde al proponente actualizar la experiencia en el RUP, actuando de buena fe en el proceso de contratación, ya que las Cámaras de Comercio sólo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente. Por lo tanto, es responsabilidad de las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y de las entidades estatales verificar, para efectos de tener en cuenta la experiencia, dicha actualización.

El Decreto 1082 de 2015, como ya se vio, permite a las personas jurídicas cuya constitución sea menor a tres (3) años acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

Sin embargo, no determinó si la experiencia acreditada seguiría siendo válida culminado el término de 3 años contados desde la constitución de la sociedad. Con todo, con fundamento en los principios que gobiernan la contratación estatal y la finalidad de la norma, que no es otra que incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal, se puede decir que las entidades estatales, en sus procesos de contratación, deben tener «como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas»[[14]](#footnote-15). Así lo consideró Colombia Compra Eficiente en el concepto cuyos fundamentos jurídicos se reiteran en la presente ocasión.

Habría que agregar que, de acuerdo con el 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082, que regula la inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la Cámara de Comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Lo anterior haya sustento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el registro único de proponentes, que establece:

4.2.5. Vigencia de los documentos

Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte.

En suma, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, tendrán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas.

Por otro lado, la «Guía para promover la participación de las Mipymes en los procesos de compra pública» reitera las consideraciones precedentes, en los siguientes términos:

Tenga en cuenta que, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las Entidades Estatales, en sus procesos de contratación, tendrán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas. «Subrayas propias»

Es del caso precisar que, contrario a lo que parece entender el señor González González, el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 y la citada Guía no presentan una contradicción. Por el contrario, con fundamento en las consideraciones plasmadas en este concepto, se puede decir que se trata de dos documentos complementarios, en el entendido que en ambos textos el sentido es el mismo, esto es, incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal, permitiéndoles a las personas jurídicas cuya constitución es menor a tres años, incluidas las Mipymes, acreditar la experiencia requerida para participar en el sistema de contratación pública, a través de la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, pudiendo incluso «usarla» luego de haber existido por más de tres años.

1. **Respuestas**

i) ¿«la entidad debe limitar el proceso a mipyme municipal o departamental?»; y ii) si el caso en concreto varia teniendo más limitaciones de un lado que del otro, cambia el factor de limitar […] es decir, se allegan 4 mipymes municipales y 3 departamentales[?]»

Si la entidad ejerce la facultad que le confiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, tendrá que justificar dicha decisión, acudiendo para tales fines a criterios técnicos y económicos, en todo caso, explicando concretamente las razones que justifican tal determinación. En ese sentido, el origen de las Mipymes que solicitan la «limitación territorial» no es relevante frente a dicha decisión, por dos razones: primero, porque las Mipymes no están habilitadas para pedir la «limitación territorial», lo están para pedir la «convocatoria limitada a Mipymes», y segundo, porque el único criterio a tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipymes, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

Las dos primeras preguntas objeto de este concepto parten de un supuesto equivocado, esto es, que existen Mipymes municipales y Mipymes departamentales, cuando, como se explicó, estas categorías no existen en el ordenamiento jurídico. Las Mipymes son nacionales únicamente. Otra cosa es que las que tienen su domicilio en un departamento o municipio en concreto sean favorecidas con el beneficio aquí estudiado.

iii) «aclarar lo señalado en la Guia (sic) PARA PROMOVER LA PARTICIPACION DE LAS MIPYMES EN LOS PROCESOS DE COMPRA PUBLICA, # 7 acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, en el cual señala lo siguiente: "tenga en cuenta que, con el fin de incentivar la participacion (sic) continua y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratacion (sic), tendran (sic) como valida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso DESPUES de cumplidos los tres años de constitucion (sic) de la sociedad(...), Lo anterior sin tener en cuenta lo cosignado (sic) en el numeral 2.5. del articulo (sic) 2.2.1.1.1.5.2./1082 (sic)[,] el cual expresa que se podrá acreditar la experiencia si la constitucion (sic) del interesado es menor a 3 años»

Contrario a lo que parece entender el señor González González, el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 y la citada Guía no presentan una contradicción. Por el contrario, con fundamento en las consideraciones plasmadas en este concepto, se puede decir que se trata de dos documentos complementarios, en el entendido que en ambos textos el sentido es el mismo, esto es, incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal, permitiéndoles a las personas jurídicas cuya constitución es menor a tres años, incluidas las Mipymes, acreditar la experiencia requerida para participar en el sistema de contratación pública, a través de la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, pudiendo incluso “usarla” luego de haber existido por más de tres años.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector 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-2)
2. [↑](#footnote-ref-3)
3. «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-4)
4. 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-5)
5. Es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los Intermediarios del Mercado Cambiario entre las 7:30 a.m. y la 1 :00 p.m. [↑](#footnote-ref-6)
6. La TRM diaria se puede consultar en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>. [↑](#footnote-ref-7)
7. Fecha de expedición del Decreto 1082. [↑](#footnote-ref-8)
8. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documentos/umbrales\_2020\_-\_2021.pdf [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibidem. [↑](#footnote-ref-10)
10. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. Cfr. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-14)
14. Concepto del 20 de agosto de 2019, emitido dentro del radicado No. 2201913000006028. [↑](#footnote-ref-15)