CCE-DES-FM-17

**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 resalta 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 haya 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 en el Decreto 957 de 2019, será considerada mipyme 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 numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 estableció dos exigencias: i) por un lado, que al menos tres (3) mipymes nacionales presentaran a la entidad estatal la solicitud formal de limitar el proceso contractual. ii) Por el otro, que hicieran la solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con tales exigencias, Colombia Compra Eficiente precisó en su momento que «Si 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».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» (cursiva fuera de texto). De todos modos, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. determinó que las mipymes nacionales que pretendieran participar en el proceso de selección debían acreditar mínimo un año de existencia, para lo cual debían presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que fuera competente para dicha acreditación.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Mipyme nacionales ‒ Limitaciones territoriales – 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 de sector». Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en el concepto expedido en respuesta a la consulta con 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.

**MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia**

[…], además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Por lo anterior, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

Bogotá D.C., **05/04/2021 13:46:09**



Señor

**James Cardona**

Apartadó, Antioquia

 **Concepto C ‒ 125 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | MIPYME NACIONALES – Inexistencia de Mipyme del orden territorial / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Mipyme nacionales ‒ Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Mipyme nacionales ‒ Limitaciones territoriales – Requisitos / MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210217001322 |

Estimado señor Cardona:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 17 de febrero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿Cuando se limita a Mipymes territoriales en un proceso de contratación, puede participar un consorcio donde una de sus empresas no pertenezcas (sic) al departamento donde se limita dicha convocatoria?».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta es necesario realizar algunas consideraciones en relación con el alcance de la limitación a mipymes que reguló el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Se reiterarán las ideas contenidas en el concepto de unificación CU-021 del 21 de febrero de 2020, en el que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente interpretó las disposiciones normativas vigentes para el momento relacionadas con las limitaciones territoriales a favor de mipymes.

Es importante tener en cuenta que el 31 de diciembre de 2020 comenzó a regir la Ley 2069 de 2020, cuyo artículo 34 subrogó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, y que, como lo indicó esta Agencia en el concepto C-043 del 9 de febrero de 2021, se produjo, en consecuencia, el decaimiento de las disposiciones del Decreto 1082 de 2015 que aluden a las convocatorias limitadas a mipymes, por ser contrarias a los nuevos requisitos establecidos en el mencionado artículo 34. Realizada esta precisión, el presente concepto se basará en la normativa vigente hasta antes de la promulgación de la Ley 2069 de 2020, ya que usted pregunta por los requisitos de las limitaciones territoriales a mipymes, de donde se infiere que la pregunta la realiza a la luz de la normativa contenida en el Decreto 1082 de 2015.

**2.1. Convocatorias limitadas a mipymes reguladas por el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015**

Mediante el Decreto 1082 de 2015, el gobierno nacional reglamentó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, adoptando medidas para incentivar la contratación pública con las mipymes. 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 dispuso 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 reguló 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 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.

Se resalta 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 haya 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 en el Decreto 957 de 2019, será considerada mipyme 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.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 estableció los requisitos que se debían acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El numeral primero limitó 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 tenía que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, se estableció de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Nótese que la norma no hizo referencia a la tasa de cambio representativa del mercado ─TRM[[1]](#footnote-2)─, 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[[2]](#footnote-3) de los dos años anteriores al periodo a calcular y, por el otro, los «ciento 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[[3]](#footnote-4)-2017, 2018-2019 y 2020-2021 (vigente)[[4]](#footnote-5).

El numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 estableció dos exigencias: i) por un lado, que al menos tres (3) mipymes nacionales presentaran a la entidad estatal la solicitud formal de limitar el proceso contractual. ii) Por el otro, que hicieran la solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con tales exigencias, Colombia Compra Eficiente precisó en su momento que «Si 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»[[5]](#footnote-6).

De igual forma, la Agencia ha sostenido 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»[[6]](#footnote-7) (cursiva fuera de texto). De todos modos, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 determinó que las mipymes nacionales que pretendieran participar en el proceso de selección debían acreditar mínimo un año de existencia, para lo cual debían presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que fuera competente para dicha acreditación[[7]](#footnote-8).

Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibidem*, la entidad puede ─ sin que tenga que hacerlo necesariamente─ decidir si limita la convocatoria a las mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato[[8]](#footnote-9). Esto de acuerdo con lo establecido en el 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 la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de mipymes es discrecional, 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 el concepto expedido en respuesta a la consulta con 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[[9]](#footnote-10).

Adicionalmente, en la consulta No. 215130008193, del 9 de noviembre de 2015, esta Subdirección sostuvo que «Para 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 *ibídem*. 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». Sin embargo, este entendimiento de la norma, 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 la «limitación territorial» referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibídem*, pues esta, como ya se explicó, 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 ejercía la facultad que le confería el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, debía justificar dicha decisión, acudiendo a criterios técnicos y económicos, y en todo caso, explicando concretamente las razones que justificaran tal determinación. También se debe reiterar que el origen de las mipymes que solicitan la «limitación territorial» no era relevante frente a dicha decisión, por dos razones. Primero, porque las mipymes no estaban habilitadas para pedir la «limitación territorial», lo estaban para pedir la «convocatoria limitada a Mipymes» –regulada en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015–, 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 verificaran los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, la entidad quedaba habilitada para decidir si limitaba o no la convocatoria «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», sin que fuera relevante el domicilio de las mipymes nacionales que solicitaran limitar la convocatoria.

Podía pasar, por ejemplo, que tres mipymes nacionales domiciliadas en la capital de la República solicitaran 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 cumplieran los requisitos legales, pero se reservaba 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 podía acontecer que aquellas le solicitaran al municipio de Medellín que limitara 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 debía limitar el proceso a mipymes nacionales y podía decidir si, además, lo limitaba territorialmente.

En este último evento era irrelevante que las solicitantes tuvieran su domicilio en Bogotá o, incluso, que lo tuvieran en diferentes lugares del país. De todos modos, el municipio de Medellín solo podía 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 fuera 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 reitera, 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 tenía que limitarlo a todos los municipios o departamentos en los que se fuera a ejecutar el contrato, siempre que decidiera ejercer la facultad de limitar territorialmente la convocatoria. Esto es así porque el ejercicio de la facultad a la que se refería el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 debía hacerse dentro del ordenamiento jurídico, eso es, atendiendo la regla que, para esos efectos, estableció 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, estaba 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 podía *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 podía 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 reguló 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 previó 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 estableció 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 decidiera y solo si se cumplían las exigencias del artículo 2.2.1.2.4.2.2.

**2.2. Regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Eficacia y alcance de la potestad reglamentaria**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, prescribiendo lo que se indica a continuación:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar –y así lo deberá reglamentar el gobierno nacional– siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin contrariar los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento que expida el gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones normativas que permitan la provisión de bienes y servicios, a través de la celebración de contratos estatales con algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y habiendo aclarado que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. En opinión de esta Agencia, dicho artículo del Decreto reglamentario no está vigente, porque su contenido es contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 cambia requisitos esenciales para que pueda haber convocatorias limitadas a mipymes: i) dice que estas deben desarrollarse independientemente del régimen de contratación de la entidad estatal –es decir, también deben efectuarlas las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que se rigen por derecho privado–. ii) Señala que los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos también son destinatarios de esta exigencia. iii) Indica que para que pueda haber convocatorias limitadas a mipymes, dos (2) de ellas deben manifestar su interés –mientras que el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 no establecía un número mínimo y el Decreto 1082 de 2015 exigía tres (3)–.

Por otro lado, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones y montos para que se puedan realizar convocatorias limitadas a mipymes. En este sentido, al producirse la mencionada subrogación –que incluye el cambio de los requisitos para las convocatorias limitadas a mipymes–, se genera el decaimiento –pérdida de fuerza ejecutoria– de los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior, por cuanto, al desaparecer –por subrogación– el fundamento normativo de tales disposiciones reglamentarias, y al oponerse, en cuanto a sus requisitos, al artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, dichas normas han perdido vigencia. Además, estas normas reglamentaban las convocatorias limitadas a mipymes solo en tres procedimientos de selección –licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos–, lo cual se opone al contenido del artículo 34, que prescribe que el gobierno nacional debe definir las condiciones y montos para que dichas convocatorias limitadas a miymes operen en los *procesos de contratación* –sin distinguir–.

Como el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 amplió los sujetos destinatarios de la obligación de limitar las convocatorias a mipymes –trascendiendo de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a las exceptuadas, a los patrimonios autónomos de entidades estatales y a los particulares que ejecuten recursos públicos–, la nueva norma reglamentaria debe contemplar los requisitos transversales para estos nuevos sujetos. Se considera que esta es la interpretación más adecuada y acorde con el nuevo espíritu del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, que, al subrogar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, contiene un nuevo mandato de reglamentación, que no se satisface con el reglamento anterior. Además, precisamente porque la regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el Decreto 1082 de 2015 estaba pensada a partir del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, se opone en muchos aspectos –número de mipymes, procesos de selección, entidades que deben efectuar la convocatoria, etc.– al artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Si los decretos reglamentarios que profiere el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, buscan «la cumplida ejecución de las leyes», y si la disposición legal que había servido de fundamento a la expedición del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 –es decir, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007– fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, puede concluirse que la disposición reglamentaria decayó, por desaparición de su fundamento de derecho. Es decir, el fundamento de derecho, que era el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Sin embargo, no es solo por una razón formal que se deduce la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, sino también por un argumento material, como se explica a continuación.

Además de que el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 perdió el fundamento legal, su contenido es contrario al del nuevo artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En efecto, este último artículo no consagra las mismas exigencias para las convocatorias limitadas a mipymes. Concretamente, no incluye todos los requisitos que, hasta la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020, establecía el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Esta norma indicaba en su primer inciso que la entidad estatal solo podía limitar la convocatoria a las mipymes nacionales si se trataba de procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos. Por su parte, tal restricción no se encuentra en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 exigía que el valor del proceso de contratación en el que pretendiera limitarse la convocatoria a mipymes fuera «[…] 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». Este requisito tampoco se observa en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A lo anterior debe agregarse que mientras la nueva disposición legal indica que la convocatoria limitada a mipymes debe hacerse cuando por lo menos *dos (2)* de estas hayan manifestado su interés antes de la resolución de apertura del proceso respectivo, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 condicionaba la limitación de la convocatoria a que la entidad estatal hubiera recibido solicitudes de por lo menos *tres (3)* mipymes, a más tardar un día hábil antes de la apertura del proceso de selección.

Las diferencias evidenciadas son suficientes para mostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Así las cosas, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal idea no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de la materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

**3. Respuesta**

«¿Cuando se limita a Mipymes territoriales en un proceso de contratación, puede participar un consorcio donde una de sus empresas no pertenezcas (sic) al departamento donde se limita dicha convocatoria?»

A continuación se responde la pregunta, distinguiendo dos (2) escenarios:

i) En vigencia de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, las limitaciones territoriales solo podían surtirse a favor de «Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», según lo establecía la segunda disposición referida. Por tanto, teniendo en cuenta que el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas, sino uniones de personas que no pierden su naturaleza, las mipymes que integraran dichos proponentes plurales debían cumplir con la exigencia previamente explicada, es decir que debían estar domiciliadas en la circunscripción territorial en la cual se ejecutaría el contrato.

ii) Aún así, es importante tener en cuenta que el 31 de diciembre de 2020 comenzó la vigencia de la Ley 2069 de 2020. Particularmente, el artículo 34 subrogó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que –como lo indicó esta Agencia en el concepto C-043 del 9 de febrero de 2021– produjo el decaimiento de las disposiciones del Decreto 1082 de 2015 que aluden a las convocatorias limitadas a mipymes –con fundamento en el artículo 91, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011–, por ser contrarias a los nuevos requisitos establecidos en el mencionado artículo 34. Este enunciado normativo contiene un nuevo mandato de reglamentación dirigido al gobierno nacional, para que este defina las condiciones y los montos para las nuevas exigencias establecidas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. La TRM diaria se puede consultar en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>. [↑](#footnote-ref-3)
3. Fecha de expedición del Decreto 1082. [↑](#footnote-ref-4)
4. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documentos/umbrales\_2020\_-\_2021.pdf [↑](#footnote-ref-5)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
6. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. Cfr. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-10)