**CCE-DES-FM-17**

**DECRETO 1860 DE 2021 – Criterios diferenciales – Mipymes**

El artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.18 al Decreto 1082 de 2015 regula los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Conforme a esta norma las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

Estos criterios en favor de las Mipyme buscan reducir las asimetrías entre estas y las grandes empresas para vincularse como proveedoras al mercado de compras públicas y, en consecuencia, promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 estableció que, según los resultados del análisis del sector, en función de los criterios de clasificación empresarial, los documentos del proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Lo anterior significa que para la determinación de los criterios diferenciales para Mipyme, las entidades podrán escoger uno o algunos de estos requisitos habilitantes, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato. En tal sentido, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

**DECRETO 1860 de 2021 – Criterios diferenciales – Empresas y emprendimientos de mujeres**

[…] los criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres incluidos en el Decreto 1860 de 2021 únicamente se aplicarán a los proponentes que acrediten alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

Por otro lado, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.15 al Decreto 1082 de 2015 que estableció unas reglas objetivas que garantizan una aplicación uniforme de los criterios diferenciales a favor de empresas y emprendimientos de mujeres. De esta forma, se dispuso de criterios diferenciales que incluyen tanto las condiciones habilitantes como los puntajes adicionales que aplican a los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, esto es, a la mínima cuantía y a la contratación directa.

**MIPYMES – Convocatorias limitadas – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34**

[…] el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 cambia requisitos esenciales para que pueda haber convocatorias limitadas a Mipymes, en relación con la regulación anterior. En tal sentido: i) establece 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)–.

**ESAL** **– Convocatorias limitadas – Imposibilidad – Participación – Reiteración – Excepción**

Retomando la postura indicada, debe aclararse que en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, y a la luz de las consideraciones contenidas en los párrafos precedentes, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa, sin perjuicio de las precisiones que se realizarán en el numeral siguiente de este concepto en relación con el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020. De esta forma, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, sino que su objeto está destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, lo cierto es que estas, por regla general, no podrán participar en los procesos de contratación limitados a Mipymes. Lo anterior, teniendo en cuenta que no responden al concepto de empresa que involucra dicha categoría, por lo que no resulta jurídicamente válido aplicar a las ESAL las normas dirigidas a las Mipymes, como lo ha señalado esta Agencia en el Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterado en los Conceptos del 20, 21 y 22 de agosto y el 17 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006007, 2201913000006081, 2201913000006151 y 2201913000006895−, C-258 del 17 de abril, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020 y C-160 del 20 de abril de 2021.

**ENTIDADES DE ECONOMÍA SOLIDARIA – Asimilación a Mipymes – Cooperativas – Asociaciones mutualistas – Demás entidades de economía solidaria – Ley 2069 – Participación en convocatorias limitadas**

[…] la entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 avala la posibilidad de que cooperativas, asociaciones mutuales y demás entes considerados de economía solidaria, según el artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –al que alude el propio artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–, que sean clasificados como Mipymes, puedan participar en procesos de selección limitados a Mipymes, conforme a lo regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Esto quiere decir que, en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, entidades como asociaciones mutualistas, cooperativas y demás entidades de economía solidaria, que, en virtud de su tamaño empresarial sean consideradas como Mipymes, podrán participar en las convocatorias limitadas a estas, pudiendo incluso manifestar su interés de participar en el proceso de selección de manera previa a la expedición de la resolución de apertura, a efectos de que se limite la participación.

Lo anterior resulta armónico con lo establecido actualmente en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, que regula las convocatorias limitadas a Mipyme, de donde cabe destacar, específicamente, su parágrafo, el cual, retomando los términos empleados por el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, establece que: «Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mípyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo».

En este sentido, se advierte que el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021 y el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 no asimilaron a todas las entidades sin ánimo de lucro –ESAL– a Mipymes (siempre que cumplan con los requisitos del tamaño empresarial), para efectos de la participación en convocatorias limitadas a Mipyme, sino únicamente a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, en los términos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –norma a la que remite el artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–. En tal sentido, debe analizarse si la ESAL cumple con las características establecidas en dicho artículo, para considerarla una organización de economía solidaria. Además, debe tenerse en cuenta que la Ley 2143 de 2021, expresamente, reconoce a las asociaciones mutualistas como empresas de economía solidaria.

Bogotá D.C., 21 Septiembre 2022 

**CCE-DES-FM-17**

Señora

**Jasbleide Mendoza Díaz**

Villavicencio, Meta

**Concepto C – 587 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DECRETO 1860 DE 2021 – Criterios diferenciales – Mipymes / DECRETO 1860 de 2021 – Criterios diferenciales – Empresas y emprendimientos de mujeres/ MIPYMES – Convocatorias limitadas – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34 / ESAL – Convocatorias limitadas – Imposibilidad – Participación – Reiteración – Excepción / ENTIDADES DE ECONOMÍA SOLIDARIA – Asimilación a Mipymes – Cooperativas – Asociaciones mutualistas – Demás entidades de economía solidaria – Ley 2069 – Participación en convocatorias limitadas  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220809007889 |

Estimado señora Mendoza:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de agosto de 2022.

1. **Problemas planteados**

1. El artículo 2.2.1.2.4.2.15 del decreto 1082 de 2015 adicionado por el decreto 1860 de2021 contiene los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, el parágrafo 2 de ese artículo dispone que la aplicación de este criterio no excluye la aplicación de los criterios diferenciales para mipymes, com interpretar o aplicar la norma en caso de tratarse de emprendimiento de mujeres que ostentan la condición de mipymes?

2. El decreto1860 de 2021 reconoce como mipymes a las cooperativas y entidades de economía solidaria que ostenten tal condición, debe entenderse que son todas las entidades solidarias que se registran en el ordenamiento jurídico? considerando lo anterior y visto que se han generado posturas sobre el tema de entidades sin animo de lucro que no hacen parte del sector solidario que son clasificadas por las cámaras de comercio como mipymes también serian sujetos de los beneficios del Decreto 1860? estas entidades sin animo de lucro siendo clasificadas como mipymes puenden solicitar la limitación a mipyme de algún proceso de contratación??

3. El artículo 2.2.1.2.4.2.18 señala criterios diferenciales para mipyme en el sistema de compras públicas, el parágrafo 3 de ese artículo señala que estos criterios no aplican para las convocatorias limitadas a mipymes, es decir que no se podría hacer la diferencia y el oferente mipyme debe cumplir con los requisitos generales requeridos a cualquier proponente? que paso en los emprendimientos de mujeres que son mipymes se entendería que se mantienen los de mujeres pero no losde mipymes??(sic).

1. **Consideraciones**

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual, en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos, de acuerdo con lo indicado respecto a las normas que otorgan competencia consultiva a esta Subdirección. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre la regulación de los criterios diferenciales en favor de las Mipyme nacionales, los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021 y la vigencia de dicho reglamento en los conceptos C-344 del 9 de junio, C-386 del 15 de junio de 2022 y C-509 de 8 de agosto de 2022.

De otra parte, esta Agencia también se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la participación de las entidades sin ánimo de lucro –desde ahora ESAL– en procesos contractuales limitados a Mipymes. Al respecto expidió el Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterado en los Conceptos del 20, 21 y 22 de agosto y el 17 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006007, 2201913000006081, 2201913000006151 y 2201913000006895−, C-258 del 17 de abril, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020, C-160 del 20 de abril de 2021 y C-474 de 26 de julio de 2022. En lo pertinente, dichas tesis se reiteran a continuación, precisando su alcance de acuerdo con la consulta planteada.

**2.1. Los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su la reglamentación detallada del del Decreto 1860 de 2021**

El Congreso de la República expidió la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», en esta se establece un marco regulatorio que propicia el emprendimiento, el crecimiento, la consolidación y la sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad. Concretamente, el «Capítulo III- Compras públicas» de la Ley 2069 de 2020 –artículos 31 y 32− contienen normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento, en su orden disponen de: i) criterios diferenciales para las Mipyme en el sistema de compras públicas y ii) criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas.

De esta forma, el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introduce criterios diferenciales para el acceso de las Mipyme al sistema de compras y contratación pública. Para estos efectos, el inciso primero dispone que «Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas». Esto significa que, la aplicación de los criterios diferenciales, los cuales incluyen tanto los requisitos diferenciales como los puntajes adicionales, depende de las conclusiones del estudio del sector. Esta norma dispuso que el Gobierno Nacional reglamentaría la definición de los criterios diferenciales para promover y facilitar el acceso de las Mipyme al mercado de compras públicas, estableciendo reglas objetivas para su implementación, las cuales priorizarían la contratación de producción nacional, sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados.

Por su parte, el artículo 32, de manera análoga a lo dispuesto en el artículo anterior, reguló criterios diferenciales para los «emprendimientos y empresas de mujeres» en el sistema de compras y contratación pública y estableció la necesidad reglamentar la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres» por parte del Gobierno Nacional. Estos criterios diferenciales –que incluyen tanto los requisitos diferenciales como los puntajes adicionales– se aplican a los procesos en que resulte aplicable el procedimiento de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, excluyendo las demás modalidades de selección. La norma en comento también se extiende a todos los procedimientos competitivos previstos en el manual de las Entidades excluidas de la Ley 80 de 1993.

En todo caso, es conveniente resaltar que, de igual forma a como se previó para los criterios diferenciales de Mipyme, estos criterios se crearon con el propósito de incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

 Con fundamento en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 que modificó el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de las normas anteriormente citadas para la efectiva aplicación de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley[[1]](#footnote-2).

De esta manera, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, adicionó los artículos 2.2.1.2.4.2.14, 2.2.1.2.4.2.15 y2.2.1.2.4.2.18al Decreto 1082 de 2015 reglamentando, en su orden, los siguientes aspectos: i) la definición de *«emprendimientos y empresas de mujeres»* en el sistema de compras y contratación pública y la forma de acreditación en cada caso, ii) los criterios diferenciales en favor de estos *«emprendimientos y empresas de mujeres»* y iii) los criterios diferenciales en favor de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

 Así las cosas, en los siguiente numerales se explicará, por una parte, la reglamentación del Decreto 1860 de 2021 en relación con los siguientes aspectos: i) la regulación de los criterios diferenciales en favor de las Mipyme nacionales y ii) la regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres.

**2.1.1. Regulación de los criterios diferenciales en favor de las Mipyme nacionales en el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.18 al Decreto 1082 de 2015 reglamentó los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Conforme a esta norma las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

 Estos criterios en favor de las Mipyme buscan reducir las asimetrías entre estas y las grandes empresas para vincularse como proveedoras del mercado de compras públicas y, en consecuencia, promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 estableció que, según los resultados del análisis del sector, en función de los criterios de clasificación empresarial, los documentos del proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Lo anterior significa que para determinar los criterios diferenciales para Mipyme, las entidades podrán escoger uno o algunos de estos elementos relacionados con requisitos habilitantes, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato. En tal sentido, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Asimismo, el decreto dispone que, con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales que en ningún caso podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. Como se observa, se estableció un porcentaje techo para el respectivo puntaje adicional, lo que significa que las entidades pueden otorgar el puntaje máximo de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos o un puntaje menor. Esto con el objeto de que la aplicación del incentivo no vaya en desmedro de la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, conforme el deber de selección objetiva exige, por lo que el reglamento estimó como adecuado el porcentaje señalado.

En lo relativo a la aplicación de los criterios diferenciales y puntajes adicionales para proponentes plurales, solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o en la unión temporal. Así mismo, de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 los criterios diferenciales y puntajes adicionales en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas no se aplicarán cuando se limiten las convocatorias a Mipyme en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto.

**2.1.2. La regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres en el Decreto 1860 de 2021**

Como primer presupuesto para la regulación de los criterios diferenciales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, el artículo el 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.14[[2]](#footnote-3) al Decreto 1082 de 2015, incorpora la definición de emprendimientos y empresas de mujeres para que puedan aplicarse los criterios diferenciales. De esta manera, los criterios diferenciales en favor de emprendimientos y empresas de mujeres incluidos en el Decreto 1860 de 2021 únicamente se aplicarán a los proponentes que acrediten alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

Por otro lado, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.15[[3]](#footnote-4) al Decreto 1082 de 2015 que estableció unas reglas objetivas que garantizan la aplicación uniforme de los criterios diferenciales en favor de empresas y emprendimientos de mujeres. De esta forma, se dispuso de criterios diferenciales que incluyen tanto las condiciones habilitantes como los puntajes adicionales que aplican a los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, esto es, a la mínima cuantía y a la contratación directa.

En este sentido, de manera análoga a lo dispuesto en la regulación de los criterios diferenciales para Mipyme, se determinó que en los documentos del proceso se deben incorporar requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Igualmente, el decreto dispone que, con excepción de los procedimientos de selección donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las entidades otorgarán un puntaje adicional hasta del cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos señalados en el artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

En lo relativo a la aplicación de los criterios y puntajes diferenciales para proponentes plurales en los que participen empresas y emprendimientos de mujeres, el decreto señala que los requisitos y criterios diferenciales solo se aplicarán cuando por lo menos uno de los integrantes acredite dicha condición y tenga una participación de al menos el diez por ciento (10%) en la estructura plural. De esta manera, los emprendimientos y empresas de mujeres se verán beneficiados de los referidos incentivos por la presentación de ofertas mediante proponentes plurales, en los que pueden asociarse con otras empresas o proponentes que fortalezcan sus capacidades y experiencia.

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

Finalmente, el parágrafo 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 señala que los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas[[4]](#footnote-5). Esto significa que los criterios diferenciales que favorezcan a los proponentes que acrediten la calidad de emprendimiento y empresas de mujeres se pueden acumular con los criterios diferenciales establecidos en favor de aquellos que también ostentan la calidad de Mipyme, de acuerdo con las reglas que se establezcan en los pliegos de condiciones.

**2.3. Nueva regulación de las convocatorias limitadas a Mipymes de acuerdo con la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 34 de la ley 2069 de 2020 –en adelante, también, Ley de Emprendimiento–modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Inicialmente, la redacción de la Ley 1150 fue modificada por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, pero esta última quedó derogada con la expedición de la Ley de Emprendimiento. En este sentido, frente al artículo 12 de la ley 1150 de 2007, se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual ha sido explicado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

«La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga»[[5]](#footnote-6).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de las normas jurídicas, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

 En ese sentido, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 se dispone claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a reformar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo. Al respecto, la norma establece lo siguiente:

«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 Contratación, las Entidades Estatales *indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos,* adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés *de por lo menos dos (2) Mipyme.*

»*Asimismo, el* reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes*, cuando sean aplicables*.

»En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas *requeridas en el Proceso de Contratación*[[6]](#footnote-7)*. (Énfasis fuera de texto)*

»*De igual forma*, en los pliegos de condiciones 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 o reincorporación 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».

Así, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 cambia requisitos esenciales para que pueda haber convocatorias limitadas a Mipymes, en relación con la regulación anterior. En tal sentido: i) establece 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)–.

 De igual forma, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 aludió a la necesidad del desarrollo reglamentario posterior, por lo que en cumplimiento de ello se expidió el Decreto 1860 de 2021 «por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». En este sentido, el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, cuyo contenido quedó de la siguiente manera:

«*Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a Mipyme.* Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurran los siguientes requisitos:

»1. El valor del Proceso de Contratación sea 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. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación.

»Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.​

»*Parágrafo. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo*».

 Teniendo en cuenta lo anterior, especialmente, lo señalado en el parágrafo de la disposición citada, y las referencias que se realizarán al artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, se analizará la participación de las ESAL en procesos contractuales limitados a Mipyme, reiterando y precisando la postura adoptada por esta Agencia en conceptos anteriores, entre ellos, el C-160 del 20 de abril de 2021 y C-474 de 26 de julio de 2022.

**2.4. Participación de las ESAL en los procesos contractuales limitados a Mipyme**

El artículo 2 de la ley 590 de 2000, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, define la *empresa* como toda unidad de explotación económica que realiza una persona natural o jurídica en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios[[7]](#footnote-8). Además, establece que estas se clasifican en micro, pequeña, mediana y gran empresa, de acuerdo con los criterios del número de trabajadores totales, el valor de ventas brutales anuales y el valor de activos totales. Ahora bien, el artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 957 de 2019, establece que:

i) La mediana empresa, en el sector manufacturero, es aquella «cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1'736.565 UVT)»; en el sector servicios, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT)», y en el sector comercio, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2'160 .692 UVT)».

ii) La pequeña empresa en el sector manufacturero, es aquella «cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT)»; en el sector servicios, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131. 951 UVT)»; y en el sector comercio, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT)».

iii) La microempresa en el sector manufacturero, es «aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT)», en el sector servicios, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT)», y en el sector comercio, la que sus «ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT)»[[8]](#footnote-9).

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante precisar que esta Agencia ha sostenido de forma reiterada la tesis consistente en que las ESAL no pueden participar en los procesos contractuales limitados a Mipyme, considerando que «en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, […] puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. De esta forma, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, sino que su objeto está destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, lo cierto es que estas no podrán participar en los procesos de contratación limitado a mipymes. Lo anterior teniendo en cuenta que no responden al concepto de empresa que involucra dicha categoría con ánimo de lucro, por lo que no resulta jurídicamente válido aplicar a las ESAL las normas dirigidas a las Mipymes»[[9]](#footnote-10).

Retomando la postura indicada, debe aclararse que en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, y a la luz de las consideraciones contenidas en los párrafos precedentes, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa, sin perjuicio de las precisiones que se realizarán en el numeral siguiente de este concepto en relación con el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020. De esta forma, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, sino que su objeto está destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, lo cierto es que estas, por regla general, no podrán participar en los procesos de contratación limitados a Mipymes. Lo anterior, teniendo en cuenta que no responden al concepto de empresa por no ejercer una actividad con ánimo de lucro, por lo que no resulta jurídicamente válido aplicar a las ESAL las normas dirigidas a las Mipymes, tal y como lo ha señalado esta Agencia en el Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterado en los Conceptos del 20, 21 y 22 de agosto y el 17 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006007, 2201913000006081, 2201913000006151 y 2201913000006895−, C-258 del 17 de abril, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020 y C-160 del 20 de abril de 2021.

Lo anterior no quiere decir que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual. De hecho, el Decreto 92 de 2017 reguló su régimen especial de contratación e, incluso, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo aquellos procesos contractuales limitados a Mipymes, con excepción de lo que se explicará en el próximo numeral del concepto. No obstante lo señalado, en relación con las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, deben tenerse en cuenta las consideraciones que se realizarán en el siguiente numeral.

**2.5. Las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria en la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021**

La Ley 2069 de 2020 contiene varias normas en las que se hacen referencias expresas a las cooperativas y las asociaciones mutuales, algunas incluidas en el capítulo alusivo a sistemas de compras públicas y otras en el capítulo precedente sobre medidas para la racionalización y simplificación de procesos. Para determinar los efectos de tales disposiciones es necesario precisar los conceptos de estas modalidades asociativas. De esta manera, el artículo 2 de la Ley 2143 de 2021 actualmente establece la definición y naturaleza de las asociaciones mutualistas, estableciendo que:

«*Las asociaciones mutualistas son empresas de economía solidaria, de derecho privado, cuya naturaleza es sin ánimo de lucro*, inspiradas en la solidaridad, con fines de interés social, constituidas libre y democráticamente por la asociación de personas naturales, personas jurídicas sin ánimo de lucro, o la mezcla de las anteriores, que se comprometen a realizar contribuciones al fondo social mutual, con el objeto de ayudarse mutuamente para la satisfacción de sus necesidades y de la comunidad en general, siempre en razón del interés social o del bienestar colectivo.

Las asociaciones mutualistas podrán realizar todo tipo de actividades relacionadas con la previsión, la promoción, la protección social, así como constituir y organizar emprendimientos asociativos para la producción de bienes y otros servicios buscando el mejoramiento económico, cultural y social de sus asociados y la comunidad».

 Además de lo anterior, la Ley 2143 de 2021, «por la cual se dota a las asociaciones mutualistas de identidad, autonomía y vinculación a la economía del país como empresas solidarias y se establecen otras disposiciones», se encarga de regular el régimen de las asociaciones mutualistas, siendo importante destacar que estas son concebidas como empresas de economía solidaria.

 Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 establece que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general». El artículo 14 de la Ley 79 de 1988[[10]](#footnote-11) establece que las cooperativas deben ser constituidas en asamblea en la que se aprueben sus estatutos, se conformen los órganos de administración y se levante acta suscrita por un mínimo de veinte (20) fundadores. No obstante, de manera análoga a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 2069 de 2020 respecto de las asociaciones mutuales, el artículo 22 de dicha norma modifica el número mínimo de socios fundadores, reduciéndolo a tres (3), disponiendo, además, algunas medidas dirigidas a regular la concentración de la participación en las cooperativas con menos de diez (10) socios[[11]](#footnote-12).

 Es necesario destacar que tanto las asociaciones mutualistas como las cooperativas tienen la calidad de empresas de economía solidaria de conformidad con el artículo 6 de la Ley 454 de 1998[[12]](#footnote-13), lo que además es confirmado por la Ley 2143 de 2021 respecto de las asociaciones mutualistas. De esta manera, el artículo 2 de la Ley 454 de 1998 define la economía solidaria como el «sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía».

 Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las cooperativas y las *demás entidades de economía solidaria* a empresas –dentro de las cuales se encuentran las asociaciones mutualistas–, disponiendo, además, que estas deberán ser clasificadas como Mipymes, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial[[13]](#footnote-14). El principal efecto de esta norma es que a las cooperativas, las asociaciones mutualistas y a las demás entidades de economía solidaria –al ser consideradas como Mipyme– les son aplicables las disposiciones alusivas a estas contenidas en la Ley 2069 de 2020.

 Es necesario mencionar que la asimilación dispuesta por el artículo 23 *ejusdem* no implica una alteración sustantiva de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutualistas, las cooperativas y las empresas de economía solidaria, concebidas por la ley como entidades sin ánimo de lucro, toda vez que tal asimilación está circunscrita a la aplicación de las materias reguladas por la Ley 2069 de 2020. En ese sentido, el mandato de considerar este tipo de entidades como empresas y clasificarlas como Mipyme es una acción tendiente a vincularlas como proveedoras del mercado de compra pública dentro del ámbito de explotación económica que la ley les ha concedido a estas entidades del sector solidario, el cual ha sido ampliado por la Ley 2069 de 2020.

 A pesar de que las cooperativas, las asociaciones mutuales y, en general, las empresas de economía solidaria tienen, por disposición de la ley, la naturaleza de ESAL, se distinguen de la generalidad de las entidades sin ánimo de lucro. Esto en la medida en que, al estar enmarcadas dentro de la economía solidaria, el ordenamiento jurídico les permite cierto margen de explotación económica concebido para la satisfacción de necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

En ese sentido, tal como se deprende del inciso primero y del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 454 de 1998, las entidades de economía solidaria se caracterizan porque sus trabajadores y/o usuarios son simultáneamente sus aportantes y gestores, siendo además creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjuntamente bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y desarrollar obras de servicio a la comunidad en general, para lo cual deben estar constituidas como empresas. En el marco de las actividades económicas tendientes a la producción y distribución de bienes o prestación de servicios por parte de entidades de economía solidaria, la ley admite que estas provean esos bienes o presten tales servicios a entidades estatales.

En ese sentido, la entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 avala la posibilidad de que cooperativas, asociaciones mutuales y demás entes considerados de economía solidaria, según el artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –al que alude el propio artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–, que sean clasificados como Mipymes, puedan participar en procesos de selección limitados a Mipymes, conforme a lo regulado por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Esto quiere decir que, en la aplicación de lo dispuesto en la norma citada, entidades como asociaciones mutualistas, cooperativas y demás entidades de economía solidaria, que, en virtud de su tamaño empresarial sean consideradas como Mipymes, podrán participar en las convocatorias limitadas a estas, pudiendo incluso manifestar su interés de participar en el proceso de selección de manera previa a la expedición de la resolución de apertura, a efectos de que se limite la participación.

Lo anterior resulta armónico con lo establecido actualmente en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, que regula las convocatorias limitadas a Mipyme, de donde cabe destacar, específicamente, su parágrafo, el cual, retomando los términos empleados por el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, establece que: «Las *cooperativas y demás entidades de economía solidaria*, siempre que tengan la calidad de Mípyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo».

En este sentido, se advierte que el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021 y el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 no asimilaron a todas las entidades sin ánimo de lucro –ESAL– a Mipymes (siempre que cumplan con los requisitos del tamaño empresarial), para efectos de la participación en convocatorias limitadas a Mipyme, sino únicamente a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, en los términos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –norma a la que remite el artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–. En tal sentido, debe analizarse si la ESAL cumple con las características establecidas en dicho artículo, para considerarla una organización de economía solidaria. Además, debe tenerse en cuenta que la Ley 2143 de 2021, expresamente, reconoce a las asociaciones mutualistas como empresas de economía solidaria.

Finalmente, en relación con la última inquietud de la consulta, relacionada con la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, se reitera que, como se señaló en el numeral 2.1.1. de las consideraciones del presente concepto, dicho parágrafo establece, expresamente, que los *criterios diferenciales* –que incluyen los puntajes adicionales– en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas no se aplican cuando se limiten las convocatorias a Mipyme, en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del mismo Decreto. No obstante, dicha restricción no existe respecto de los criterios diferenciales y puntajes adicionales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del referido decreto, por lo que será factible que éstos puedan utilizarse en convocatorias limitadas a Mipyme, cuando el proponente, además, cumple con la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, según como se disponga en el pliego de condiciones.

1. **Respuesta**

1. El artículo 2.2.1.2.4.2.15 del decreto 1082 de 2015 adicionado por el decreto 1860 de2021 contiene los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, el parágrafo 2 de ese artículo dispone que la aplicación de este criterio no excluye la aplicación de los criterios diferenciales para mipymes, com interpretar o aplicar la norma en caso de tratarse de emprendimiento de mujeres que ostentan la condición de mipymes?

El artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 señala que los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Esto significa que los criterios diferenciales que favorezcan a los proponentes que acrediten la calidad de emprendimiento y empresas de mujeres se pueden acumular con los criterios diferenciales establecidos en favor de aquellos que también ostentan la calidad de Mipyme, de acuerdo con las reglas que se establezcan en los pliegos de condiciones.

2. El decreto 1860 de 2021 reconoce como mipymes a las cooperativas y entidades de economía solidaria que ostenten tal condición, debe entenderse que son todas las entidades solidarias que se registran en el ordenamiento jurídico? considerando lo anterior y visto que se han generado posturas sobre el tema de entidades sin animo de lucro que no hacen parte del sector solidario que son clasificadas por las cámaras de comercio como mipymes también serian sujetos de los beneficios del Decreto 1860? estas entidades sin animo de lucro siendo clasificadas como mipymes puenden solicitar la limitación a mipyme de algún proceso de contratación??

El artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, para efectos de la aplicación de su contenido, asimila las cooperativas y las *demás entidades de economía solidaria* a empresas –dentro de las cuales se encuentran las asociaciones mutualistas–, disponiendo, además, que estas deberán ser clasificadas como Mipymes, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, los cuales desarrollan la clasificación en las categorías micro, pequeña y mediana en función del tamaño empresarial. El principal efecto de esta norma es que a las cooperativas, las asociaciones mutualistas y demás entidades de economía solidaria, al ser consideradas como Mipyme, les son aplicables las disposiciones alusivas a estas, contenidas en la Ley 2069 de 2020.

Es necesario mencionar que la asimilación dispuesta por el artículo 23 *ejusdem* no implica una alteración sustantiva de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutualistas, las cooperativas y las empresas de economía solidaria, concebidas por la ley como entidades sin ánimo de lucro, toda vez que tal asimilación está circunscrita a la aplicación de las materias reguladas por la Ley 2069 de 2020. En ese sentido, el mandato de considerar este tipo de entidades como empresas y clasificarlas como Mipyme es una acción tendiente a vincularlas como proveedoras del mercado de compra públicas dentro del ámbito de explotación económica que la ley les ha concedido a estas entidades del sector solidario, el cual ha sido ampliado por la Ley 2069 de 2020.

 A pesar de que las cooperativas, las asociaciones mutuales y en general las empresas de economía solidaría tienen, por disposición de la ley, la naturaleza de ESAL, se distinguen de la generalidad de las entidades sin ánimo de lucro. Esto en la medida en que, al estar enmarcadas dentro de la economía solidaria, el ordenamiento jurídico les permite cierto margen de explotación económica concebido para la satisfacción de necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

En ese sentido, tal como se deprende del inciso primero y del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 454 de 1998, las entidades de economía solidaria se caracterizan porque sus trabajadores y/o usuarios son simultáneamente sus aportantes y gestores, siendo, además, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjuntamente bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y desarrollar obras de servicio a la comunidad en general, para lo cual deben estar constituidas como empresas. En el marco de las actividades económicas tendientes a la producción y distribución de bienes o prestación de servicios por parte de entidades de economía solidaria, la ley admite que estas provean con esos bienes o presten tales servicios a entidades estatales.

En ese sentido, la entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 avala la posibilidad de que cooperativas, asociaciones mutuales y demás entes considerados de economía solidaria, según el artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –al que alude el propio artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–, que sean clasificados como Mipymes, puedan participar en procesos de selección limitados a Mipyme, conforme a lo regulado por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Esto quiere decir que, en la aplicación de lo dispuesto en la norma citada, entidades como asociaciones mutualistas, cooperativas y demás entidades de economía solidaria, que en virtud de su tamaño empresarial sean consideradas como Mipymes, podrán participar en las convocatorias limitadas a estas, pudiendo incluso manifestar su interés de participar en el proceso de selección de manera previa a la expedición de la resolución de apertura, a efectos de que se limite la participación.

Lo anterior resulta armónico con lo establecido actualmente en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, que regula las convocatorias limitadas a Mipyme, de donde cabe destacar específicamente su parágrafo, el cual, retomando los términos empleados por el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, establece que: «Las *cooperativas y demás entidades de economía solidaria*, siempre que tengan la calidad de Mípyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo».

En este sentido, se advierte que el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021 y el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 no asimilaron a todas las entidades sin ánimo de lucro –ESAL– a Mipymes (siempre que cumplan con los requisitos del tamaño empresarial) para efectos de la participación en convocatorias limitadas a Mipyme, sino únicamente a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, en los términos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 –norma a la que remite el artículo 23 de la Ley de Emprendimiento–, por lo que debe analizarse si la ESAL cumple con las características establecidas en dicho artículo, para considerarla una organización de economía solidaria. Además, debe precisarse que la Ley 2143 de 2021, expresamente, reconoce a las asociaciones mutualistas como empresas de economía solidaria.

3. El artículo 2.2.1.2.4.2.18 señala criterios diferenciales para mipyme en el sistema de compras públicas, el parágrafo 3 de ese artículo señala que estos criterios no aplican para las convocatorias limitadas a mipymes, es decir que no se podría hacer la diferencia y el oferente mipyme debe cumplir con los requisitos generales requeridos a cualquier proponente? que paso en los emprendimientos de mujeres que son mipymes se entendería que se mantienen los de mujeres pero no los de mipymes??(sic).

En relación con la última inquietud de la consulta, relacionada con la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015, se reitera que dicho parágrafo establece, expresamente, que los criterios diferenciales –que incluye los puntajes adicionales– en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas no se aplican cuando se limiten las convocatorias a Mipyme, en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del mismo Decreto. No obstante, dicha restricción no existe respecto de los criterios diferenciales y puntajes adicionales en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.15 del referido decreto, por lo que será factible que éstos puedan utilizarse en convocatorias limitadas a Mipyme, cuando el proponente, además, cumple con la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, según como se disponga en el pliego de condiciones.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas Paredes Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Es importante mencionar que este Decreto en el artículo 2 reglamentó el procedimiento de la mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme. Con base en estas disposiciones, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 146 de 2022 «Por lo cual fue modifica los documentos tipo para proyectos de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía». En el siguiente link puede verificar la mencionada resolución: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/08-modificacion-los-documentos-tipo-para-los-procesos-de-obra-publica-de-infraestructura-de> [↑](#footnote-ref-2)
2. «ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. Con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

»1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.

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

»Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. En este sentido, serán cargos de nivel directivo los que dentro de la organización de la empresa se encuentran ubicados en un nivel de mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.

»Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde se señale de manera detallada todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación.

»La certificación deberá relacionar el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo del proponente. Como soporte, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

»3. Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.

»4. Para las asociaciones y cooperativas, cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados sean mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal.

»PARÁGRAFO. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección». [↑](#footnote-ref-3)
3. «Artículo 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas*.* En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

»1. Tiempo de experiencia.

»2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.

»3. Índices de capacidad financiera.

»4. Índices de capacidad organizacional.

»5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

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

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

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

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

»Parágrafo 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-4)
4. «**PARÁGRAFO 2.** Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas». [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

 [↑](#footnote-ref-6)
6. En los demás incisos, ambas normas tienen una redacción similar cuando prescriben que: «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 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.

»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.

»Parágrafo 3°. 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. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1450 de 2011. «Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así:

»"Artículo 2°. Definiciones de tamaño empresarial. Para todos los efectos, se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. Para la clasificación por tamaño empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:

»1. Número de trabajadores totales.

 »2. Valor de ventas brutas anuales.

 »3. Valor activos totales.

»Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.

»Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que considere necesario.

»Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo"». [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 957 de 2019. [↑](#footnote-ref-9)
9. Cfr. Concepto [↑](#footnote-ref-10)
10. «Artículo 14. La constitución de toda cooperativa se hará en asamblea de constitución, en la cual serán aprobados los estatutos y nombrados en prioridad los órganos de administración y vigilancia.

 »El Consejo de Administración allí designado nombrará el representante legal de la entidad, quien será responsable de tramitar el reconocimiento de la personería jurídica.

 »El acta de la asamblea de constitución será firmado por los asociados fundadores, anotando su documento de identificación legal y el valor de los aportes iniciales.

 »El número mínimo de fundadores será de veinte, salvo las excepciones consagradas en normas especiales». [↑](#footnote-ref-11)
11. «Artículo 22. Constitución de cooperativas. Modifíquese el inciso 4° del artículo 14 de la ley 79 de 1988, el cual quedará así:

»“El número mínimo de fundadores será de tres, salvo las excepciones consagradas en normas especiales.

»Para su inscripción en el registro público solo se requerirá la solicitud firmada por el representante legal, acompañada del acta de constitución y copia de los estatutos.

»En las cooperativas que tengan 10 o menos asociados, ninguna persona natural podrá tener más del 33% de los aportes sociales y ninguna persona jurídica más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los mismos.

»En aquellas cooperativas cuyo número de asociados sea inferior a 10, en el estatuto o reglamentos se deberán adecuar los órganos de administración y vigilancia a las características de la cooperativa y al tamaño del grupo asociado. A falta de estipulación estatutaria sobre la creación de un consejo de administración, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

»Parágrafo primero. Cuando la Cooperativa supere los 10 asociados, deberá en un término máximo improrrogable de 6 meses, ajustar el monto mínimo de aportes que debe tener cada asociado y nombrar los órganos de administración y vigilancia, conforme a las reglas de la Ley 79 de 1988». [↑](#footnote-ref-12)
12. «Artículo 6o. Características de las organizaciones de economía solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

»1. Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

»2. Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente ley.

»3. Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.

»4. Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.

»5. Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.

»6. Integrarse social y económicamente, sin perjuicio de sus vínculos con otras entidades sin ánimo de lucro que tengan por fin promover el desarrollo integral del ser humano.

»Parágrafo 1o. En todo caso, las organizaciones de la economía solidaria deberán cumplir con los siguientes principios económicos:

»1. Establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.

»2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

»Parágrafo 2o. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo». [↑](#footnote-ref-13)
13. «Artículo 23. De conformidad con lo establecido por los artículos 4° de la Ley 79 de 1988 y 6° de la Ley 454 de 1988, las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria son empresas. En tal virtud, para los efectos de la presente ley, las entidades de economía solidaria serán clasificadas como Mipymes en los términos establecidos por el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen, deroguen o adicionen, sin perjuicio de la normatividad específica aplicable a sus diferentes figuras jurídicas, ni del marco de competencias institucionales de Gobierno para su fomento, fortalecimiento, inspección, control y vigilancia». [↑](#footnote-ref-14)