**CCE-DES-FM-17**

**COMPETENCIA CONSULTIVA – Alcance – Colombia Compra Eficiente – Subdirección de Gestión Contractual**

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, 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; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

**MIPYMES – Artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 – artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 Convocatorias limitadas - Vigencia**

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

**MIPYMES NACIONAL – concepto**

[…] si una Mipyme, independientemente de su situación de control empresarial, está constituida bajo las leyes colombianas o tiene su domicilio principal en el territorio colombiano e, igualmente, cumple los criterios previstos en la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será entonces considerada una Mipyme colombiana o nacional. Si esta última, además, cumple con los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, sobre las convocatorias limitadas a mypimes, podrá participar en ellas para la celebración de contratos estatales.

Bogotá, DC Texto

Descripción generada automáticamente

**CCE-DES-FM-17**

Señor

**Federico Guillermo Jaramillo Ochoa**

Bogotá

**Concepto C – 597 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COMPETENCIA CONSULTIVA – Alcance – Colombia Compra Eficiente – Subdirección de Gestión Contractual / MIPYMES – Artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 – artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 Convocatorias limitadas - Vigencia / MIPYMES NACIONAL - concepto |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220809007866 |

Estimado señor Jaramillo:

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, que fue remitida por falta de competencia por el Ministerio de Industria y Comercio.

1. **Problemas planteados**

«EL propósito de limitar algunos procesos para que solo puedan participar Mipymes nacionales pretende beneficiar el desarrollo y crecimiento de las Mipymes, similar a otras medidas tales como las tarifas diferenciadas para algunos trámites. Teniendo en cuenta que no podrán acceder a las tarifas diferenciadas, las microempresas que se encuentren en una situación de subordinación respecto de gran empresa, o pertenezcan a un grupo empresarial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 260 y261 del Código de Comercio. Nos preguntamos si una pequeña empresa que es subordinada en un grupo empresarial, cuya controlante es gran empresa y que a su vez dicho grupo empresarial ha sido comprado por otra gran empresa (de origen extranjera), ¿se puede beneficiar de la limitación a Mipymes en los procesos de contratación pública que así lo establezcan?».

1. **Consideraciones**

Antes de emitir pronunciamiento sobre la consulta planteada, resulta relevante precisar que, en ejercicio de las competencias conferidas por el numeral quinto del artículo tercero y el numeral octavo del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo se encuentra facultada para absolver consultas de carácter general sobre la aplicación de normas relativas a temas contractuales.

Por ello, esta Agencia no está facultada para resolver casos concretos, ni pronunciarse sobre la legalidad o no de las actuaciones de las autoridades administrativas, cuya resolución supone la evaluación de una situación jurídica particular. De acuerdo con lo anterior y agotando las funciones consultivas otorgadas a esta entidad, se procederá a emitir pronunciamiento respecto de las normas generales que resultan pertinentes para su solicitud, con el alcance establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta luego de analizar el siguiente tema: i) regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y de las convocatorias limitadas a Mipyme, y ii) convocatorias limitadas a mipymes en el ámbito territorial de conformidad con el Decreto 1860 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-211 del 11 de mayo de 2021, C-234 del 24 de mayo de 2021, C-271 del 9 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-426 del 18 de agosto de 2021, C-309 del 24 de agosto de 2021 y C-455 del 31 de agosto de 2021. Sobre las limitaciones territoriales de convocatorias mipyme se pronunció en el Concepto C-705 de 7 de diciembre de 2020 y C-438 de 27 de septiembre de 2021, C-438 de 27 de septiembre de 2021, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-315 del 18 de mayo de 2022, C-361 del 20 de mayo de 2022 y C-539 del 28 de agosto de 2022, entre otros. Las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**

Como en la consulta que se resuelve en esta oportunidad se hacen algunos comentarios a partir de un caso concreto, en el presente aparte se tendrá como fundamento el concepto C-176 del 19 de abril de 2021 de esta Agencia, en el cual se analiza su función de interpretación de las normas contractuales y, con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por este organismo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia 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 consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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[[1]](#footnote-2). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, 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; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[2]](#footnote-3) aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[3]](#footnote-4) de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-5).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo, la cual no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa, necesariamente, que el criterio de una u otra tenga prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista jerarquía, o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, así coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el concepto de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. Así pues, como lo establece esta forma, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». Por lo anterior, a continuación, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente hará una interpretación *en abstracto* de los temas que se relacionan con el objeto de su consulta, con la salvedad –fundamentada en los comentarios que acaban de hacerse– de que la opinión consultiva de la Agencia no es vinculante.

**2.2. 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».

Según se evidencia, el numeral primero fijó cuantitativamente los procesos contractuales que son susceptibles de limitarse a Mipymes, en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo[[7]](#footnote-8). Por su parte, el numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos dos (2) Mipymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual; y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Asimismo, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipyme, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

De esta manera, en todos los procesos de contratación, independientemente de la modalidad de selección, las entidades estatales, cualquiera que sea su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deberán limitar las convocatorias con pluralidad de oferentes a Mipymes colombianas, una vez concurran todos los requisitos señalados anteriormente y siempre que cuenten con mínimo un (1) año de existencia.

De otro lado, en relación con la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas, el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 –modificado por el Decreto 1860 de 2021–, establece lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.4.2.4. Acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas. La Mipyme colombianas deben acreditar que tiene el tamaño empresarial establecido por la ley de la siguiente manera:

1. Las personas naturales mediante certificación expedida por ellos y un contador público, adjuntando copia del registro mercantil.

2. Las personas jurídicas mediante certificación expedida por el representante legal y el contador o revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, adjuntando copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad competente para expedir dicha certificación. Para la acreditación deberán observarse los rangos de clasificación empresarial establecidos de conformidad con la Ley 590 de 2000 y el Decreto 1074 de 2015, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen.

Parágrafo 1. En todo caso, las Mipyme también podrán acreditar esta condición con la copia del certificado del Registro Único de Proponentes, el cual deberá encontrarse vigente y en firme al momento de su presentación.

Parágrafo 2. Para efectos de la limitación a Mipyme, los proponentes aportarán la copia del registro mercantil, del certificado de existencia y representación legal o del Registro Único de Proponentes, según corresponda conforme a las reglas precedentes, con una fecha de máximo sesenta (60) días calendario anteriores a la prevista en el cronograma del Proceso de Contratación para el inicio del plazo para solicitar la convocatoria limitada.

Parágrafo 3. *En las convocatorias limitadas, las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, solo deberán aceptar las ofertas de Mipyme o de proponentes plurales integrados únicamente por Mipyme.*

Parágrafo 4. Los incentivos previstos en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. (Cursiva fuera del original).

Para analizar el alcance de esta norma, resulta de especial relevancia determinar la definición y clasificación de las Mipyme conforme al marco jurídico que lo regula. Así, de conformidad con el artículo 2 de La Ley 905 de 2004, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, 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, como micro, pequeña, mediana y gran empresa, la norma dispone que se podrá utilizar uno de los siguientes criterios: «1. Número de trabajadores totales. 2. Valor de ventas brutas anuales. 3. Valor activos totales». Asimismo, estableció que el gobierno nacional reglamentará los rangos que aplicará para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que lo considere necesario[[8]](#footnote-9).

Para tales efectos, el Decreto 957 de 2019, que adicionó al Decreto 1074 de 2015, reglamentó la clasificación de las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, teniendo en cuenta para ello como criterio exclusivo el de ventas brutas, asimilado al de ingresos por actividades ordinarias anuales[[9]](#footnote-10). En tal sentido, el artículo 2.2.1.13.2.2 de este decreto definió rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico que se trate[[10]](#footnote-11). Para la aplicación de los incentivos en el sistema de compras públicas, el parágrafo del artículo 2.2.1.13.2.4. *ibidem* dispuso que la acreditación del tamaño empresarial se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo [2.2.1.2.4.2.4](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1082_2015.htm" \l "2.2.1.2.4.2.4) del Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo aclaren, modifiquen o adicionen.

De esta manera, las empresas, sea persona natural o persona jurídica, deberán acreditar el tamaño empresarial como micro, pequeña y mediana empresa, de acuerdo con el valor de los ingresos por actividades ordinarias, teniendo en cuenta el sector económico que se trate y de acuerdo con los rangos definidos en el Decreto 1074 de 2015.

Ahora bien, como se indicó en líneas anteriores, para efectos de las convocatorias limitadas a Mipyme colombianas del sistema de compras públicas, el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015 –modificado por el Decreto 1860 de 2021– determina la forma en la que se debe acreditar el tamaño empresarial, tratándose de persona natural y persona jurídica. Esta acreditación se debe realizar tanto para solicitar la limitación de la convocatoria como para participar en el proceso de selección una vez esta se haya limitado a Mipyme.

En relación con la persona jurídica, la norma requiere que la Mipyme colombiana acredite el tamaño empresarial mediante certificación expedida por el representante legal y el contador o revisor fiscal, si está obligada a tenerlo, adjuntando copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad competente para expedir dicha certificación.

Por su parte, tratándose de persona natural exige que se acredite el tamaño empresarial mediante certificación expedida por ellos y un contador público, adjuntando copia del registro mercantil. En este caso, la intervención del contador es necesaria con el fin de que actúe en calidad de fedatario.

Sin perjuicio de las posibilidades anteriores, el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 establece que en todo caso, las Mipyme también podrán acreditar esta condición con el Registro Único de Proponentes, el cual deberá encontrarse vigente y en firme al momento de su presentación.

Finalmente, para efectos de la consulta, y precisada la regulación de las convocatorias limitadas a Mipymes, es importante precisar que el parágrafo 3 del precitado artículo dispone que en las convocatorias limitadas a Mipymes las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, solo podrán aceptar las ofertas de Mipyme o de proponentes plurales integrados únicamente por Mipyme[[11]](#footnote-12).

De acuerdo con lo anterior, tratándose de proponentes plurales que pretendan participar en procesos de contratación que se hayan limitado a Mipymes, todos sus integrantes deben ser Mipyme. Por consiguiente, si, por ejemplo, un proponente plural se encuentra conformado por 3 integrantes de los cuales 2 son Mipyme y el otro no lo es, el proponente plural no podrá participar en el proceso y la entidad contratante no podrá aceptar dicha oferta.

Finalmente, en relación con la eventual incidencia de una situación de control o subordinación de una mipyme, frente a las convocatorias limitadas a mypimes en el sistema de compras públicas, se observa que el Código de Comercio, en el artículo 260, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, regula los eventos de empresas matrices y subordinadas que conforman grupos empresariales. La norma citada contiene los siguientes conceptos: i) matriz, ii) subordinada o controlada, iii) filial y iv) subsidiaria[[12]](#footnote-13). En primer lugar, una sociedad es i) matriz cuando tiene poder de decisión frente a otras personas, ii) la sociedad subordinada o controlada es la que no puede autodeterminarse porque sus decisiones se someten a la sociedad matriz, y esa subordinación cuando es directa se denomina iii) filial, y cuando es indirecta, esto es, la matriz toma decisiones con el concurso o por intermedio de otras de sus sociedades subordinadas o controladas, es una iv) sociedad subsidiaria.

De la norma analizada se destaca que la matriz subordina a otras personas, con lo cual se diferencian varias personas que se interrelacionan por su actividad comercial, a las que les aplica una prohibición y es que la sociedad subordinada no puede tener participación en el capital social de su matriz so pena de ineficacia de esos actos jurídicos[[13]](#footnote-14). Esto es reafirmado por la Guía práctica del régimen de matrices y subordinadas de la Superintendencia de Sociedades, que señala que «Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias»[[14]](#footnote-15).

Por tanto, una sociedad subordinada ̶ filial o subsidiaria ̶ conserva su individualidad respecto de su matriz, y al ser personas jurídicas diferentes, se someten al régimen jurídico aplicable del lugar de su constitución, donde tienen su domicilio principal, que es el lugar donde cumplen su objeto social y realizan los actos de comercio. En consecuencia, se considera que si una Mipyme, independientemente de su situación de control empresarial, está constituida bajo las leyes colombianas o tiene su domicilio principal en el territorio colombiano e, igualmente, cumple los criterios previstos en la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será entonces considerada una Mipyme colombiana o nacional. Si esta última, además, cumple con los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, sobre las convocatorias limitadas a mypimes, podrá participar en ellas para la celebración de contratos estatales.

1. **Respuesta**

1. EL propósito de limitar algunos procesos para que solo puedan participar Mipymes nacionales pretende beneficiar el desarrollo y crecimiento de las Mipymes, similar a otras medidas tales como las tarifas diferenciadas para algunos trámites. Teniendo en cuenta que no podrán acceder a las tarifas diferenciadas, las microempresas que se encuentren en una situación de subordinación respecto de gran empresa, o pertenezcan a un grupo empresarial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 260 y261 del Código de Comercio. Nos preguntamos si una pequeña empresa que es subordinada en un grupo empresarial, cuya controlante es gran empresa y que a su vez dicho grupo empresarial ha sido comprado por otra gran empresa (de origen extranjera), ¿se puede beneficiar de la limitación a Mipymes en los procesos de contratación pública que así lo establezcan?

El artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, reglamentó los requisitos para realizar convocatorias limitadas a mipymes nacionales que, por lo menos, tengan un año de existencia. El primer requisito fija un tope cuantitativo de los procesos contractuales que son susceptibles de limitarse a Mipymes, en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El segundo requisito exige que al menos dos (2) Mipymes colombianas presenten a la entidad estatal la solicitud de limitar el proceso contractual; y, el tercer requisito establece que se haga la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipymes cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

En relación con la eventual incidencia de una situación de control o subordinación de una mipyme, frente a las convocatorias limitadas a mypimes en el sistema de compras públicas, se observa que el Código de Comercio, en el artículo 260, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, regula los eventos de empresas matrices y subordinadas que conforman grupos empresariales. La norma citada contiene los siguientes conceptos: i) matriz, ii) subordinada o controlada, iii) filial y iv) subsidiaria. En primer lugar, una sociedad es i) matriz cuando tiene poder de decisión frente a otras personas, ii) la sociedad subordinada o controlada es la que no puede autodeterminarse porque sus decisiones se someten a la sociedad matriz, y esa subordinación cuando es directa se denomina iii) filial, y cuando es indirecta, esto es, la matriz toma decisiones con el concurso o por intermedio de otras de sus sociedades subordinadas o controladas, es una iv) sociedad subsidiaria.

De la norma analizada se destaca que la matriz subordina a otras personas, con lo cual se diferencian varias personas que se interrelacionan por su actividad comercial, a las que les aplica una prohibición y es que la sociedad subordinada no puede tener participación en el capital social de su matriz so pena de ineficacia de esos actos jurídicos. Esto es reafirmado por la Guía práctica del régimen de matrices y subordinadas de la Superintendencia de Sociedades, que señala que «Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias».

Por tanto, una sociedad subordinada ̶ filial o subsidiaria ̶ conserva su individualidad respecto de su matriz, y al ser personas jurídicas diferentes, se someten al régimen jurídico aplicable del lugar de su constitución, donde tienen su domicilio principal, que es el lugar donde cumplen su objeto social y realizan los actos de comercio. En consecuencia, se considera que si una Mipyme, independientemente de su situación de control empresarial, está constituida bajo las leyes colombianas o tiene su domicilio principal en el territorio colombiano e, igualmente, cumple los criterios previstos en la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será entonces considerada una Mipyme colombiana o nacional. Asimismo, si esta última, además, cumple con los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, sobre las convocatorias limitadas a mypimes, podrá participar en ellas para la celebración de contratos estatales.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-3)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-4)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#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. Este monto fue publicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, de acuerdo con la información remitida por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, disponible en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/vf\_umbrales\_actualizaciones\_2022\_-\_2023\_1.pdf. Allí se señala que el monto corresponde a $ 457.297.264. [↑](#footnote-ref-8)
8. «Artículo 43. Definiciones de Tamaño Empresarial. El artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0590_2000.html#2)o de la Ley 590 de 2000, quedará así:

   »*Artículo*[*2*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0590_2000.html#2)*o. 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 1o**.** El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que considere necesario.

   »PARÁGRAFO 2o**.** Las definiciones contenidas en el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0590_2000.html#2)o 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-9)
9. Decreto 1074 de 2015. «Artículo 2.2.1.13.2.1. Criterio para la clasificación del tamaño empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se tendrá como criterio exclusivo los ingresos por actividades ordinarias anuales de la respectiva empresa.

   »El nivel de ingresos por actividades ordinarias anuales con base en el cual se determina el tamaño empresarial variará dependiendo del sector económico en el cual la empresa desarrolle su actividad». [↑](#footnote-ref-10)
10. «Artículo 2.2.1.13.2.2. Rangos para la Definición del Tamaño Empresarial. Para efectos de la clasificación del tamaño empresarial se utilizarán, con base en el criterio previsto en el artículo anterior, los siguientes rangos para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate:

    »1. Para el sector manufacturero:

    »- Microempresa. 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).

    »- Pequeña empresa. 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).

    »- Mediana empresa. 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).

    »2. Para el sector servicios:

    »- Microempresa. Aquella cuyos 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).

    »- Pequeña empresa. Aquella cuyos 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).

    »- Mediana empresa. Aquella cuyos 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).

    »3. Para el sector de comercio:

    »- Microempresa. Aquella cuyos 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).

    »- Pequeña empresa. Aquella cuyos 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).

    »- Mediana empresa. Aquella cuyos 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) ». [↑](#footnote-ref-11)
11. «PARÁGRAFO 3. En las convocatorias limitadas, las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, solo deberán aceptar las ofertas de Mipyme o de proponentes plurales integrados únicamente por Mipyme». [↑](#footnote-ref-12)
12. Código de Comercio: «Artículo 260. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria». [↑](#footnote-ref-13)
13. Código de Comercio: «Artículo 262. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria». [↑](#footnote-ref-14)
14. Superintendencia de Sociedades, Guía práctica régimen de matrices y subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\_ivc/CartillasyGuias/Guia\_Practica\_RegimenMatricesySubordinadas.pdf [↑](#footnote-ref-15)