**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». El artículo 84 dispone que «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», por lo que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

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

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 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 efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

**MIPYME – Convocatoria limitada – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia**

[…] recientemente se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre 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». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentran las convocatorias limitadas a Mipyme. De esta manera, el artículo 5 modifica los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, por lo que reglamenta este asunto con fundamento en lo establecido en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 2 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.4.2.2. que consagra los requisitos para limitar la convocatoria de los procesos de contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, ii) 2.2.1.2.4.2.3. que desarrolla las convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, y iii) 2.2.1.2.4.2.4. que regula la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Decreto 092 de 2017 – Aplicación del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 – modificado por el Decreto 1860 de 2021– establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El inciso primero de la referida norma exige que las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos señalados allí.



Bogotá, D.C. 16 de agosto de 2022

Señor

**Pedro Alejandro Ariza**

San Gil, Santander

 **Concepto C ‒ 523 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / MIPYME – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia / MIPYME – Convocatoria limitada – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia / CONTRATACIÓN CON ESAL - Decreto 092 de 2017 – Aplicación del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220630006517 |

Estimado señor Ariza:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 30 de junio de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: «¿Un proceso competitivo bajo Decreto 092 de 2017, puede ser susceptible de ser limitado a MIPYME?»

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020; ii) nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020: regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme: eficacia y alcance de la potestas reglamentaria; iii) convocatorias limitadas a Mipyme y acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas conforme al Decreto 1860 de 2021 y iv) régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017, donde también se analizará la Improcedencia de las convocatorias limitadas a Mipyme.

Es importante destacar que 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, C-455 del 31 de agosto de 2021, C-438 del 27 de septiembre de 2021 y C-744 del 4 de febrero de 2022. Igualmente, en los conceptos C-007 del 16 de febrero de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-296 del 12 de mayo de 2022 y C-315 del 18 de mayo de 2022, la Agencia se refirió al Decreto 1860 de 2021, en relación con las convocatorias limitadas a Mipyme. En lo pertinente, las tesis expuestas en esos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». El artículo 84 dispone que «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», por lo que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

En cuanto a su contenido, como dispone el artículo 1, esta «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Lo anterior a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipyme–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[1]](#footnote-1), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[2]](#footnote-2). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[3]](#footnote-3), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[4]](#footnote-4) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[5]](#footnote-5).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipyme al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con las convocatorias limitadas a Mipyme, a continuación de se estudiará el contenido y alcance del artículo 34.

**2.2. Nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020: regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme, eficacia y alcance de la potestad reglamentaria**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[6]](#footnote-6), regulación que se resume en los siguientes aspectos:

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica 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.»[[7]](#footnote-7)

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.

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 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 efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

**2.3. Convocatorias limitadas a Mipyme y requisitos de acreditación conforme al Decreto 1860 de 2021**

Como se expuso brevemente en el numeral anterior, recientemente se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre 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». Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentran las convocatorias limitadas a Mipyme. De esta manera, el artículo 5 modifica los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, por lo que reglamenta este asunto con fundamento en lo establecido en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

 Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 2 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.4.2.2. que consagra los requisitos para limitar la convocatoria de los procesos de contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, ii) 2.2.1.2.4.2.3. que desarrolla las convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, y iii) 2.2.1.2.4.2.4. que regula la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas.

 De esta manera, el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a las convocatorias limitadas a Mipyme. En este sentido, las disposiciones anteriores constituyen la nueva regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme.

Por su parte, el artículo 8 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 sometió a un plazo la entrada en vigencia de sus disposiciones, al señalar que «aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición»[[8]](#footnote-8). En consecuencia, actualmente las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, puesto que el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 que modifica los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 entró en vigencia a partir del 24 de marzo de 2022 y, como se explicó, las disposiciones originales del Decreto 1082 de 2015 que regulaban este asunto perdieron vigencia con ocasión de la expedición de la Ley 2069 de 2020.

Precisado lo anterior, conviene realizar el análisis de los requisitos para limitar la convocatoria de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas, así como la acreditación de los requisitos para participar en dichas convocatorias tratándose de persona natural y persona jurídica conforme a las modificaciones del Decreto 1860 de 2021.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 – modificado por el Decreto 1860 de 2021– establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El inciso primero de la referida norma exige que las entidades estatales *independientemente de su régimen de contratación*, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos señalados allí. Al respecto indica lo siguiente:

«Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias Imitadas 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, la norma indica de manera expresa que la obligación de limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia debe concretarse cuando concurran los requisitos allí señalados.

A su turno, el numeral primero limita 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[[9]](#footnote-9). 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[[10]](#footnote-10).

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

**2.4.** **Régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017. Improcedencia de las convocatorias limitadas a Mipyme**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022 y C-236 del 28 de abril de 2022. A continuación se reiteran dichas consideraciones y se complementan con el objeto de la consulta.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[13]](#footnote-13). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[14]](#footnote-14).

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[15]](#footnote-15). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio[[16]](#footnote-16). El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[17]](#footnote-17).

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Dentro de estos elementos resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Dichos aportes pueden ser en dinero, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

Sin embargo, debe señalarse que el 30% señalado en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que debe aportar la ESAL a efectos de poder celebrar el convenio sin acudir a un proceso competitivo, debe calcularse respecto del monto total de los recursos *en dinero* requeridos para la ejecución proyecto, el cual corresponderá al valor por el que se celebrará el *convenio de asociación*. En ese sentido, si, por ejemplo, para desarrollar un proyecto conjunto con una ESAL se requiere un total de $100.000.000, para poder celebrar el convenio de asociación sin proceso competitivo, la entidad estatal deberá asociarse con una ESAL dispuesta a aportar por lo menos una suma de $30.000.000, equivalente al 30% del que sería el valor del eventual convenio. De esta manera, los eventuales aportes en especie no podrán tenerse en cuenta para calcular el referido porcentaje, el cual debe ser en dinero.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[18]](#footnote-18). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente.

Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. Por ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, se reitera que esta disposición otorga una facultad amplia a las entidades para estructurar el procedimiento y los criterios que emplearán para selección a la ESAL cuando se trate de un proceso competitivo.

Ahora bien, para la celebración de *contratos del artículo 355 de la Constitución*, cuando en la fase de planeación se identifique que el programa que requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, las entidades estatales deberán adelantar procedimientos de contratación en los que se garanticen las tres fases definidas en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Estas fases son: (i) *convocatoria*, que corresponde a la «definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas»; (ii) *plazo*, es decir, la «definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad», y (iii) *evaluación*, que implica la «evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto». Siguiendo la estructura señalada, le corresponde a las entidades estatales configurar el procedimiento competitivo para la selección de las ESAL, contando con amplia discrecionalidad para estructurar los requisitos y el cronograma detallado con base en el cual se desarrollará el mismo, siempre que se respeten los mínimos establecidos en la norma indicada. En este sentido, pese a que la estructura del procedimiento establecido en el Decreto 092 de 2017 es bastante general, se considera que no se trata de vacíos en el procedimiento, sino la intención del reglamento de otorgar a las entidades estatales una discrecionalidad amplia en su configuración.

De otro lado, como se señaló anteriormente, en cuanto a *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública[[19]](#footnote-19). En este sentido, el artículo 5 de forma similar al artículo 4, incluso de una forma más fuerte, les asigna a las entidades estatales la facultad de configurar el procedimiento competitivo para la selección de la ESAL, contando con un alto grado de discrecionalidad en su estructuración.

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017»[[20]](#footnote-20). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[21]](#footnote-21):

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para «impulsar» programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.

Teniendo en cuenta lo desarrollado, donde se ha señalado la amplia discrecionalidad que concede el Decreto 092 de 2017 en la estructuración de los procesos competitivos para la selección de las ESAL, conviene destacar, atendiendo a la pregunta del peticionario, que en dichos procedimientos no aplican las reglas de las convocatorias limitadas a Mipymes, por las siguientes razones:

En primer lugar*,* como se explicó, el Decreto 092 de 2017 otorga un alto grado de discrecionalidad a las entidades estatales para la configuración de los procedimientos competitivos mediante los cuales se seleccionan a las ESAL, por lo que la ausencia de regulación detallada de estos procedimientos no implica que exista un vació normativo, sino la intención del reglamento de permitir que sean las entidades estatales quienes estructuren dichos procedimientos, por lo cual no es procedente acudir automáticamente a las reglas establecidas en el EGCAP para complementar la estructura de dichos procedimientos. Lo anterior sucede con las convocatorias limitadas a Mipymes, las cuales, incluso, no guardan armonía con la estructura general del procedimiento establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017[[22]](#footnote-22). En este sentido, de acuerdo con las explicaciones precedentes, les corresponde a las entidades estatales estructurar los procedimientos competitivos para seleccionar a las ESAL.

En segundo lugar, se considera que la finalidad del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, que modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, al establecer que las reglas para las convocatorias limitadas a Mipymes aplican frente a las entidades estatales «indistintamente de su régimen de contratación» consiste en extender dicha regulación a las entidades estatales que por disposición especial no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, a las entidades exceptuadas o de régimen especial, además de incluir obviamente a las sometidas al EGCAP. Sin embargo, su pretensión no consistió en extenderlo a los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017, lo que se fundamenta en que: *i)* el competente para regular los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución es el Gobierno Nacional, quien en efecto realizó dicha regulación mediante el decreto autónomo 092, de ahí que la pretensión del legislador no fuera extenderlos a un régimen contractual que corresponde desarrollarlo directamente a otra autoridad. *ii)* Si se revisa el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, se destaca que el inciso primero, que extiende las convocatorias limitadas a Mipymes a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, se sustenta directamente en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución, sin hacer referencia al artículo 355, que es el que fundamenta el régimen del Decreto 092 de 2017. Esto refuerza la idea de que la pretensión del legislador no consistió en extender dichas reglas a los contratos de que trata la última disposición de orden constitucional, pues si aquella hubiera sido su finalidad no habría hecho referencia directa a determinas disposiciones de la Constitución, omitiendo una norma trascendental para dichos efectos, como es el artículo 355.

Finalmente, complementando lo anterior, conviene señalar que por regla general las ESAL no hacen parte de las categorías de Mipyme, como lo ha señalado de forma reiterada esta Agencia[[23]](#footnote-23), por lo que resulta ajeno a este régimen contractual el fomento de las Mipyme, dadas las finalidades que se persiguen con los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017, tal como se explicó en el desarrollo de este numeral. Por las razones anteriores, se considera que las convocatorias limitadas a Mipymes no proceden en los procedimientos regulados en el Decreto 092 de 2017.

1. **Respuesta**

«¿Un proceso competitivo bajo Decreto 092 de 2017, puede ser susceptible de ser limitado a MIPYME?»

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, para la celebración de *contratos del artículo 355 de la Constitución*, cuando en la fase de planeación se identifique que el programa que requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, las entidades estatales deberán adelantar procedimientos de contratación en los que se garanticen las tres fases definidas en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Estas fases son: (i) *convocatoria*, que corresponde a la «definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas»; (ii) *plazo*, es decir, la «definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad», y (iii) *evaluación*, que implica la «evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto». Siguiendo la estructura señalada, le corresponde a las entidades estatales configurar el procedimiento competitivo para la selección de las ESAL, contando con amplia discrecionalidad para estructurar los requisitos y el cronograma detallado con base en el cual se desarrollará el mismo, siempre que se respeten los mínimos establecidos en la norma indicada. En este sentido, pese a que la estructura del procedimiento establecido en el Decreto 092 de 2017 es bastante general, se considera que no se trata de vacíos en el procedimiento, sino la intención del reglamento de otorgar a las entidades estatales una discrecionalidad amplia en su configuración.

De otro lado, como se señaló anteriormente, en cuanto a *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública[[24]](#footnote-24). En este sentido, el artículo 5 de forma similar al artículo 4, incluso de una forma más fuerte, les asigna a las entidades estatales la facultad de configurar el procedimiento competitivo para la selección de la ESAL, contando con un alto grado de discrecionalidad en su estructuración.

Partiendo de lo anterior, y reiterando lo señalado al final de las consideraciones, conviene destacar, atendiendo a la pregunta del peticionario, que en dichos procedimientos no aplican las reglas de las convocatorias limitadas a Mipymes, por las siguientes razones:

En primer lugar*,* como se explicó, el Decreto 092 de 2017 otorga un alto grado de discrecionalidad a las entidades estatales para la configuración de los procedimientos competitivos mediante los cuales se seleccionan a las ESAL, por lo que la ausencia de regulación detallada de estos procedimientos no implica que exista un vació normativo, sino la intención del reglamento de permitir que sean las entidades estatales quienes estructuren dichos procedimientos, por lo cual no es procedente acudir automáticamente a las reglas establecidas en el EGCAP para complementar la estructura de dichos procedimientos. Lo anterior sucede con las convocatorias limitadas a Mipymes, las cuales, incluso, no guardan armonía con la estructura general del procedimiento establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017[[25]](#footnote-25). En este sentido, de acuerdo con las explicaciones precedentes, les corresponde a las entidades estatales estructurar los procedimientos competitivos para seleccionar a las ESAL.

En segundo lugar, se considera que la finalidad del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, que modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, al establecer que las reglas para las convocatorias limitadas a Mipymes aplican frente a las entidades estatales «indistintamente de su régimen de contratación» consiste en extender dicha regulación a las entidades estatales que por disposición especial no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, a las entidades exceptuadas o de régimen especial, además de incluir obviamente a las sometidas al EGCAP. Sin embargo, su pretensión no consistió en extenderlo a los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017, lo que se fundamenta en que: *i)* el competente para regular los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución es el Gobierno Nacional, quien en efecto realizó dicha regulación mediante el decreto autónomo 092, de ahí que la pretensión del legislador no fuera extenderlos a un régimen contractual que corresponde desarrollarlo directamente a otra autoridad. *ii)* Si se revisa el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, se destaca que el inciso primero, que extiende las convocatorias limitadas a Mipymes a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, se sustenta directamente en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución, sin hacer referencia al artículo 355, que es el que fundamenta el régimen del Decreto 092 de 2017. Esto refuerza la idea de que la pretensión del legislador no consistió en extender dichas reglas a los contratos de que trata la última disposición de orden constitucional, pues si aquella hubiera sido su finalidad no habría hecho referencia directa a determinas disposiciones de la Constitución, omitiendo una norma trascendental para dichos efectos, como es el artículo 355.

Finalmente, complementando lo anterior, conviene señalar que por regla general las ESAL no hacen parte de las categorías de Mipyme, como lo ha señalado de forma reiterada esta Agencia[[26]](#footnote-26), por lo que resulta ajeno a este régimen contractual el fomento de las Mipyme, dadas las finalidades que se persiguen con los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017, tal como se explicó en el desarrollo de este concepto. Por las razones anteriores, se considera que las convocatorias limitadas a Mipymes no proceden en los procedimientos regulados en el Decreto 092 de 2017.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-5)
6. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

»"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de 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 a 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.

»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.

»Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

»Parágrafo Segundo. 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 Tercero. 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-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. El artículo completo es del siguiente tenor: «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3., 2.2.1.2.4.2.4., 2.2.1.2.1.2.2. Y 2.2.1.2.4.2.8.; adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14., 2.2.1.2.4.2.15., 2.2.1.2.4.2.16., 2.2.1.2.4.2.17. Y 2.2.1.2.4.2.18.; adiciona un parágrafo al artículo 2.2.1.2.3.1.9; y deroga el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional». [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. «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-10)
11. 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-11)
12. «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-12)
13. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

»Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-15)
16. Decreto 092 de 2017: «Artículo 5. *Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

»Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

»[…]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-17)
18. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: «El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-18)
19. En línea con lo anterior, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» de Colombia Compra Eficiente, se señala que: «Las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. El proceso competitivo establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no le es aplicable a los convenios de asociación por expresa disposición del artículo 5, sin embargo, las Entidades Estatales en su autonomía pueden establecer el mismo procedimiento para seleccionar las ESALES en convenios de asociación y en contratos de colaboración. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-20)
21. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-21)
22. «Artículo 4°. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, depar­tamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

»En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acre­diten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto». [↑](#footnote-ref-22)
23. En relación con este aspecto resultan relevantes los conceptos C-160 del 20 de abril de 2021 y C-474 del 26 de julio de 2022. Sin perjuicio de los conceptos expedidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020: Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterada 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 de 2020, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020. [↑](#footnote-ref-23)
24. En línea con lo anterior, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» de Colombia Compra Eficiente, se señala que: «Las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. El proceso competitivo establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no le es aplicable a los convenios de asociación por expresa disposición del artículo 5, sin embargo, las Entidades Estatales en su autonomía pueden establecer el mismo procedimiento para seleccionar las ESALES en convenios de asociación y en contratos de colaboración. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública. [↑](#footnote-ref-24)
25. «Artículo 4°. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, depar­tamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

»En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acre­diten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto». [↑](#footnote-ref-25)
26. En relación con este aspecto resultan relevantes los conceptos C-160 del 20 de abril de 2021 y C-474 del 26 de julio de 2022. Sin perjuicio de los conceptos expedidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020: Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterada 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 de 2020, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020. [↑](#footnote-ref-26)