**PROMOCIÓN AL DESARROLLO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 , prescribiendo lo que se indica a continuación: i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato. ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés. […]

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El primer elemento delimitador del ámbito de aplicación de esta norma deriva del primer inciso en donde se establece que «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 […]». Esta redacción obedece a un cambio introducido por el Decreto 1860 de 2021, el cual solo permitía la limitación a mipymes nacionales en los procedimientos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

El numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer esa «convocatoria limitada a Mipymes», en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». […]

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos dos (2) Mipymes nacionales presenten a la entidad la solicitud formal de limitar el proceso contractual; y por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un (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. Adicionalmente, el segundo inciso del numeral 2 de la norma indica que, tratándose de personas jurídicas solo podrán realizar solicitudes las «[…] Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual».

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación territorial – Facultad discrecional**

Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. ibidem, la entidad puede ─no tiene que─ decidir si limita la convocatoria a las Mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato . Esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, norma que se refiere a la facultad de la administración con el verbo infinitivo «poder», no «deber». En cualquier caso, Colombia Compra Eficiente ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de Mipymes, y ha precisado que, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes «estudios del sector». […] los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 deben ser interpretados de manera armónica, comoquiera que para proceder a hacer una limitación territorial es indispensable que se cumplan, no solo los presupuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.3.–domicilio en el municipio o departamento de ejecución del contrato–, sino también los establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 –valor del proceso de contratación en el rango indicado y solicitudes de al menos dos mipymes presentadas oportunamente.[…]



Señora

**Hillary Yohanna Rodríguez Martínez**

**HR Consulting SAS**

Ciudad.

 **Concepto C ‒ 744 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PROMOCIÓN AL DESARROLLO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34 / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación territorial – Facultad discrecional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220923009605 |

Estimado señor(a):

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 23 de septiembre de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«1. Cuáles son las razones por las cuales una entidad pública, sometida a ley 80, pudiera negarse a limitar territorialmente un proceso de selección?

2. ¿Puede una entidad abstenerse de limitar el proceso fundamentado en la necesidad de garantizar la pluralidad de oferentes y la calidad del bien y/o servicio?

3. ¿Existe alguna acción que pueda ejercer el proponente, si la entidad habiendo recibido solicitudes suficientes (sic), se niega a limitar el proceso de selección?» (Sic).

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) 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, 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 del 7 de diciembre de 2020, C-438 del 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, C-346 del 27 de mayo de 2022, C-464 del 19 de julio de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, entre otros. Las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. 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.**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[1]](#footnote-1), prescribiendo lo que se indica a continuación:

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, y conforme a lo explicado por esta Agencia desde el Concepto C-043 del 9 de febrero de 2021, postura reiterada en conceptos posteriores, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, por lo que 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[[2]](#footnote-2).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de los actos normativos, 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 tal sentido, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 original del Decreto 1082 de 2015 –antes del Decreto 1860 de 2021–, que hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020 regulaba las convocatorias limitadas a Mipymes, carecía de vigencia, porque su contenido era contrario al artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En consecuencia, perdió fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91.2 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Además de la pérdida de fuerza ejecutoria de la redacción original de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 por la desaparición de su fundamento de derecho, también se advirtió una manifiesta oposición entre dichos enunciados normativos y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debía aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Por ello, puede afirmarse que, además del decaimiento de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 originales del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación del Decreto 1860–, se entendieron derogados, de acuerdo con el artículo 84 *ibídem*.

Adicionalmente, el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento no es una norma de aplicación directa y contempla supuestos que no estaban previstos en el Decreto 1082 de 2015 original –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021–. Particularmente, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, las convocatorias limitadas únicamente eran obligatorias en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, siempre que la entidad contratante recibiera solicitudes de limitación de por lo menos tres (3) mipymes nacionales. Frente a este escenario, surgió la necesidad de expedir una nueva reglamentación para las convocatorias limitadas que desarrolle los nuevos elementos previstos en la ley, regulación que se concretó mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021.

En resumidas cuentas, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece los parámetros para realizar convocatorias limitadas a Mipyme cuya aplicación es obligatoria en los procesos de contratación que realicen las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos. Para su aplicación, esta norma determina que dichas convocatorias se deben efectuar siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) Mipyme hayan manifestado su interés.

**2.2. Convocatorias limitadas a mipymes en el ámbito territorial de conformidad con el Decreto 1860 de 2021**

En desarrollo de la Ley 2069 de 2020, el Gobierno Nacional 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». 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[[3]](#footnote-3)., 2.2.1.2.4.2.3[[4]](#footnote-4). y 2.2.1.2.4.2.4[[5]](#footnote-5). 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, esta nueva Subsección 2 contempla los siguientes aspectos: i) 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 – artículo 2.2.1.2.4.2.2–, ii) desarrolla las convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato –artículo 2.2.1.2.4.2.3–, y iii) regula la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas –artículo 2.2.1.2.4.2.4–. De esta manera, el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modifica el Decreto 1082 de 2015 en los artículos citados, constituye la nueva reglamentación del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a las convocatorias limitadas a Mipyme. Esta disposición entró a regir desde el pasado 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de dicho decreto sometió su vigencia a un periodo de 3 meses siguientes a su expedición.

Puede decirse, entonces, que el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas, las cuales, sin embargo, deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, una disposición prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales «*infra* literal a» y, por el otro, la otra establece la posibilidad de regular la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato «*infra* literal b».

Es de resaltar que estas normas se refieren a las Mipymes nacionales genéricamente y, particularmente, a las Mipymes nacionales «domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato». En ambos casos se refiere a Mipymes nacionales, distinguiéndolas de las empresas extranjeras. Del artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 no se deriva que existan Mipymes del orden territorial. Esta categoría no existe en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme del orden nacional. Otra cosa es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con «domicilio» en un municipio o departamento puedan beneficiarse para ejecutar un contrato en dichos municipios o departamentos. De todos modos, las Mipymes domiciliadas en un municipio o departamento son Mipymes nacionales. En consecuencia, no es procedente distinguir entre Mipymes nacionales y Mipymes municipales o departamentales, habida cuenta que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

a) El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos que se deben acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El primer elemento delimitador del ámbito de aplicación de esta norma deriva del primer inciso en donde se establece que «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 […]». Esta redacción obedece a un cambio introducido por el Decreto 1860 de 2021, el cual solo permitía la limitación a mipymes nacionales en los procedimientos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

El numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer esa «convocatoria limitada a Mipymes», en la medida en que el valor del proceso de contratación tendrá que ser «menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América». Esta limitante, valga la pena aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Nótese que la norma no hace referencia a la tasa de cambio representativa del mercado –TRM[[6]](#footnote-6)–, establecida diariamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, según lo que establece el artículo 40 de la Resolución Externa No. 1 de 2018 y la Circular Reglamentaria Externa-DODM-146, ambas expedidas por el Banco de la República.

Para establecer dicha tasa, el Ministerio toma en cuenta como parámetros, por un lado, el promedio de la TRM[[7]](#footnote-7) de los dos años anteriores al periodo a calcular y, por el otro, los «veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América» a los que se refiere el numeral 1º del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. Así lo ha hecho para los periodos 2015[[8]](#footnote-8)-2017, 2018-2019 y 2020-2021 (vigente)[[9]](#footnote-9). Esta entidad, por otro lado, en ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias, está encargada de la publicación de la información en su portal Web: <https://www.colombiacompra.gov.co/>

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos dos (2) Mipymes nacionales presenten a la entidad la solicitud formal de limitar el proceso contractual; y por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un (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. Adicionalmente, el segundo inciso del numeral 2 de la norma indica que, tratándose de personas jurídicas solo podrán realizar solicitudes las «[…] Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual».

b) Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. *ibidem*, la entidad puede ─no tiene que─ decidir si limita la convocatoria a las Mipymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato[[10]](#footnote-10). Esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, norma que se refiere a la facultad de la administración con el verbo infinitivo «poder», no «deber». En cualquier caso, Colombia Compra Eficiente ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de Mipymes, y ha precisado que, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes «estudios del sector». Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en la consulta resuelta en el radicado No. 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2018, se dijo que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, las Mipymes beneficiadas deben tener su domicilio principal en el municipio o departamento donde se ejecutará el contrato para poder participar en una convocatoria limitada territorialmente[[11]](#footnote-11).

Conforme se mencionó antes, los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 deben ser interpretados de manera armónica, comoquiera que para proceder a hacer una limitación territorial es indispensable que se cumplan, no solo los presupuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.3.–domicilio en el municipio o departamento de ejecución del contrato–, sino también los establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 –valor del proceso de contratación en el rango indicado y solicitudes de al menos dos mipymes presentadas oportunamente–. En ese sentido, para que proceda la limitación territorial es necesario que se presenten al menos dos solicitudes de mipymes domiciliadas en el departamento o municipio en donde se va a ejecutar el contrato. Este entendimiento de la norma, sin embargo, da lugar a dos interpretaciones sobre las que se deben hacer unas precisiones.

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

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

*Por otro lado*, supone que la decisión de la entidad únicamente puede darse si la solicitud provino de dos o más Mipymes domiciliadas en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato. Sin embargo, una vez se verifican los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, la entidad queda habilitada para decidir si limita o no la convocatoria «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», sin que sea relevante el «domicilio» de las Mipymes nacionales que solicitaron limitar la convocatoria.

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

Ahora bien, en este último caso puede pasar que el contrato se vaya a ejecutar en varios municipios o departamentos. En estos eventos la entidad pública tendría que limitarlo a todos los municipios o departamentos en los que se vaya a ejecutar el contrato, siempre que decida ejercer la facultad de limitar territorialmente la convocatoria. Esto es así porque el ejercicio de la facultad a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 debe hacerse dentro del ordenamiento jurídico, eso es, atendiendo la regla que, para esos efectos, establece el referido artículo, el cual, valga la pena decirlo, se refiere a «los municipios o departamentos» en plural y no a un municipio o a un departamento ─en singular─.

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

En suma, el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas que deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales. Por el otro, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. establece la posibilidad de limitar la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, por supuesto, siempre que la entidad así lo decida y solo si se cumplen las exigencias del artículo 2.2.1.2.4.2.2.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que lo recomendable es que las entidades establezcan *ex ante* las condiciones en las que, eventualmente, harían la «limitación territorial». Para tales fines, en el proyecto de pliego de condiciones podrían establecer claramente los términos de dicha limitación, los supuestos que darían lugar a su aplicación y, sobre todo, la forma como procedería la entidad si decide optar por limitar territorialmente la convocatoria en que se cumplan los presupuestos para ser limitada a Mipymes, como por ejemplo, en relación con cuál o cuáles municipios o departamentos harían la limitación territorial de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, resta precisar que el domicilio de las mipymes que quieran participar en una convocatoria limitada territorialmente se acredita con los documentos definidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En consecuencia, el requisito podrá acreditarse con una certificación acompañada, ya sea, de una copia del registro mercantil –persona natural–, del certificado de existencia y representación legal –persona jurídica– o del Registro Único de Proponentes – RUP, en donde conste el domicilio de la mipyme interesada en la limitación territorial de la convocatoria pública para celebrar el contrato, que corresponda con el lugar de ejecución del mismo, ya sea departamento o municipio.

**3. Respuesta**

«1. Cuáles son las razones por las cuales una entidad pública, sometida a ley 80, pudiera negarse (sic) a limitar territorialmente un proceso de selección?

2. ¿Puede una entidad abstenerse de limitar el proceso fundamentado (sic) en la necesidad de garantizar la pluralidad de oferentes y la calidad del bien y/o servicio?

3. ¿Existe alguna acción que pueda ejercer el proponente, si la entidad habiendo recibido solicitudes suficientes (sic), se niega a limitar el proceso de selección?».

Conforme a lo expuesto, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, regulan la limitación de convocatorias a Mipymes. Por un lado, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. prevé los requisitos generales ante los cuales la entidad debe limitar sus convocatorias a Mipymes nacionales. Por el otro, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. establece la posibilidad de limitar la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, por supuesto, siempre que la entidad así lo decida y solo si se cumplen las exigencias del artículo 2.2.1.2.4.2.2.

Esta Agencia considera que la decisión de limitar *territorialmente* una convocatoria a Mipymes es *discrecional*, independientemente del «domicilio» de las Mipymes nacionales que solicitaron limitar la convocatoria –aunque dicha circunstancia podría servir de motivación para la limitación territorial–, por lo que la entidad se puede negar pero, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes «estudios del sector». Por ello, lo *recomendable* es que las entidades establezcan *ex ante* las condiciones en las que, eventualmente, harían la «limitación territorial». Para tales fines, en el proyecto de pliego de condiciones podrían establecer claramente los términos de dicha limitación, los supuestos que darían lugar a su aplicación y, sobre todo, la forma como procedería la entidad si decide optar por limitar territorialmente la convocatoria en que se cumplan los presupuestos para ser limitada a Mipymes, como, por ejemplo, hacer explícito en cuál o cuáles municipios o departamentos harían la limitación territorial de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

En todo caso, la decisión de limitar o no procesos de contratación «a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu propio* proceder con la «limitación territorial» de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la «limitación a Mipymes colombianas», lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. 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-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorías Iímítadas a Mípyme. 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». [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo». [↑](#footnote-ref-4)
5. «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 parliculares 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» [↑](#footnote-ref-5)
6. Es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los Intermediarios del Mercado Cambiario entre las 7:30 a.m. y la 1:00 p.m. [↑](#footnote-ref-6)
7. La TRM diaria se puede consultar en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fecha de expedición del Decreto 1082. [↑](#footnote-ref-8)
9. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/umbrales_2020_-_2021.pdf> [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1450 de 2011: «Artículo 32. Parágrafo 1°: En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato». [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-11)