**MIPYMES – Definición**

Las Mipymes son empresas, de acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, que tienen una actividad económica organizada para la producción transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. La empresa se forma a través de un contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa. Ahora, será una sociedad comercial las que ejecuten actos o empresas mercantiles.

**ESAL – Naturaleza – Sin ánimo de lucro**

La tipología y régimen de las ESAL está regulado en otro ordenamiento: el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, y definitivamente no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad . La ausencia de ánimo de lucro es la característica determinante de estas organizaciones, tanto que de allí toman su nombre general, y por eso mismo la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

**ESAL – Mipymes – Reparto de utilidades – Distinción**

En virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 sólo podrán ser Mipymes las empresas entendidas éstas como unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. En razón a que las entidades sin ánimo de lucro no persiguen están destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar repartición de utilidades, Las ESAL no podrán ser consideradas Mipyme para ningún efecto en procesos de contratación.

**FACTORES DE DESEMPATE – Reglas Mipymes – No aplicables a ESAL**

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.2.2.9, establece los factores de desempate que deben aplicar las entidades estatales en los procesos de contratación, entre los que se encuentra el número “2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional” y el número “3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

A una entidad sin ánimo de lucro no se le puede considerar Mipyme para efectos de aplicar los factores de desempate de que trata el Artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

Bogotá D.C., **08/11/2019 Hora 19:31:42s**

# N° Radicado: 2201913000008383

Señora

# Olga María Revelo Otoya

San Juan de Pasto, Nariño

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas # 4201912000007056 y  4201912000007057 |
| **Temas:** | Mipymes |
| **Tipo de asunto consultado:** | Aplicación de criterio de desempate en favor de Mipyme  para una entidad sin ánimo de lucro |

Estimada señora Revelo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 13 de octubre de 2019, 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.

# Problema planteado

A una entidad sin ánimo de lucro, inscrita en el RUP, con tamaño empresarial, ¿Se considera Mipyme para efecto de aplicar los factores de desempate de que trata el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015?

# Consideraciones

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.2.2.9[[1]](#footnote-1), establece los factores de desempate que deben aplicar las entidades estatales en los procesos de contratación, entre los que se encuentra el número “2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional” y el número “3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura”.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.3.1, define a las Mipymes como la micro, pequeña y mediana empresa de acuerdo con la ley vigente aplicable, que en este caso es la Ley 590 de 2000. Dicha ley, en el artículo 2, define a las empresas como toda unidad de explotación económica que realiza una persona natural o jurídica en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios. Además, establece que las empresas se clasifican en micro, mediana y gran empresa, de acuerdo con los criterios del número de trabajadores totales, valor de ventas brutales anuales y valor de activos totales[[2]](#footnote-2).

Conforme a lo anterior, las Mipymes son empresas, de acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, que tienen una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios[[3]](#footnote-3). La empresa se forma a través de un contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa[[4]](#footnote-4). Ahora, será una sociedad comercial las que ejecuten actos o empresas mercantiles[[5]](#footnote-5).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- ha sostenido de forma reiterada que debido a que las entidades sin ánimo de lucro - ESAL no son empresas, tampoco pueden ser consideradas Mipyme para aplicar los incentivos de contratación pública. Así en respuesta a consulta # 4201912000005322, con radicado de salida 2201913000006151 del 22 de agosto de 2019, esta Agencia respondió:

El artículo 2 de la Ley 590 de 2000 define a las Mipymes como las empresas que tienen una unidad de explotación económica y buscan el reparto de utilidades entre sus miembros. La clasificación entre micro, pequeñas y medianas empresas dependerá de estos tres criterios: i) número de trabajadores totales, ii) valor de ventas brutas anuales y iii) valor de activos totales.

Como las Mipymes buscan un ánimo de lucro, es decir, que se repartan las utilidades de la empresa; y las entidades privadas sin ánimo de lucro tienen como objeto realizar actividades en beneficio de los asociados, de terceras personas o de la comunidad general que no tienen como propósito el reparto de utilidades entre sus miembros, las entidades privadas sin ánimo de lucro no podrían presentarse a los procesos de contratación limitados a Mipymes.

Esta respuesta se soporta en el Libro Segundo del Código de Comercio que regula a las sociedades, en los distintos aspectos y temas que las constituyen, pero en la enumeración de las sociedades comerciales no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, es decir, a las ESAL. La razón de la exclusión es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial[[6]](#footnote-6)

.

En su lugar, la tipología y régimen de las ESAL está regulado en otro ordenamiento: el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, y definitivamente no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad[[7]](#footnote-7). La ausencia de ánimo de lucro es la característica determinante de estas organizaciones, tanto que de allí toman su nombre general, y por eso mismo la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere de los requisitos que exige el art. 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero –la finalidad–, que dispone: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. Las ESAL del Código Civil no admiten el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad, al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el artículo 38 de la Constitución Política[[8]](#footnote-8).

La diferencia también se apoya en el artículo 635 del Código Civil, que dispone que el propósito de estas normas no es regular a las sociedades industriales ni las actividades comerciales o industriales, las cuales se regirán por el derecho comercial[[9]](#footnote-9).

De conformidad con lo anterior, una “fundación” o una “asociación o corporación” – constituidas en los términos del Código Civil–, no pueden asimilarse o identificarse con una “sociedad comercial”, como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, porque la última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social; mientras que en la fundación el patrimonio se afecta a la consecución de un interés general y no percibe lucro.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, reiteró que la diferencia existente entre las sociedades comerciales y las entidades privadas sin ánimo de lucro es que estas últimas no reparten sus utilidades entre los socios. Así lo estableció en los siguientes términos:

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.

Finalmente, la Cámara de Comercio de Bogotá, en el “Documento ABC Entidades sin Ánimo de lucro”, define a las entidades privadas sin ánimo de lucro como: “las personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros”[[10]](#footnote-10). En este sentido, las entidades privadas sin ánimo de lucro no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino de asociaciones que buscan la realización de un fin común y sus objetivos no cuentan con un contenido esencialmente patrimonial (fin de lucro y reparto de utilidades).

Conforme a lo anterior, en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 sólo podrán ser Mipymes las empresas entendidas éstas como unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. En razón a que las entidades sin ánimo de lucro no persiguen están destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar repartición de utilidades, Las ESAL no podrán ser consideradas Mipyme para ningún efecto en procesos de contratación.

# Respuesta

A una entidad sin ánimo de lucro no se le puede considerar Mipyme para efectos de aplicar los factores de desempate de que trata el Artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Muñoz Tocarruncho

1. Decreto 1082 de 2015, “articulo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

   Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

   “1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros. “2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

   “3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que:

   (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura (…)”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 590 de 2000: “artículo 2 Definiciones. 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”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Código de Comercio: “artículo 25: Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Código de Comercio, “[artículo 98 contrato de sociedad - concepto - persona jurídica distinta.](https://2019-vlex-com.ez.urosario.edu.co/%23vid/42856969/node/98) Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

   “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Código de Comercio, “artículo 100: [Asimilación a sociedades comerciales - legislación mercantil.](https://2019-vlex-com.ez.urosario.edu.co/%23vid/42856969/node/100) Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

   “Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Para Álvaro Barrero Buitrago, comentando el requisito que deben cumplir las sociedades comerciales sobre el ánimo de lucro, explica que: “esta característica viene a diferenciar a la sociedad mercantil de cualquier otra forma asociativa, pues para el comerciante la utilidad es primordial en sus actividades, no ocurriendo lo mismo para otras personas, donde el fin primordial no es obtener ganancias, como en el caso de las sociedades cooperativas” (Barrero Buitrago, Álvaro, Manual para el establecimiento de sociedades. 4ta. edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 21) [↑](#footnote-ref-6)
7. Para César Torrente Bayona y Luis Eduardo Bustamante “Las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación, o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles.

   “La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad” (Torrente Bayona, César y Luis Eduardo Bustamante. Las entidades sin ánimo de lucro. Tercera edición. Cámara de Comercio de Bogotá. 2000, p. 33). [↑](#footnote-ref-7)
8. De acuerdo con el Código Civil, las fundaciones y las corporaciones son personas jurídicas sin ánimo de lucro. Sobre ellas, la Corte Constitucional precisó lo siguiente, en la Sentencia C-219 de 2015: “(…) mientras que las fundaciones son personas jurídicas que requieren de la existencia de un conjunto de bienes y su afectación por el fundador para fines de utilidad pública, la Corporación resulta de la asociación de un conjunto de personas que buscan desarrollar un servicio o actividad que promueve intereses generales y que les representa un beneficio”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Art. 635. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.

   “Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cámara de Comercio de Bogotá, “ABC DE ESALES”, noviembre de 2014. Disponible en siguiente link: [http://recursos.ccb.org.co/ccb/flipbook/2014/abc\_esales/#/2/zoomed](http://recursos.ccb.org.co/ccb/flipbook/2014/abc_esales/%23/2/zoomed) [↑](#footnote-ref-10)