**CCE-DES-FM-17**

**MIPYMES – Noción – Alcance**

[…] Pequeña y Mediana Empresa ─Mipyme─ es una «unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana», siempre que cumpla las dos condiciones requeridas en el mismo artículo, relacionadas con el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y sus activos totales.

Específicamente, la mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria ─UVT─. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. La microempresa, por otro lado, es aquella que tiene una planta de personal de 10 trabajadores o menos o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales.

**MIPYMES – Incentivos contractuales**

A través del Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 ─posteriormente modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011─, adoptando medidas para incentivar la contratación pública, dentro de las que se pueden resaltar la «limitación territorial» a Mipymes y las «convocatorias limitadas a Mipymes», contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

**MIPYMES NACIONALES – Inexistencia de Mipymes del orden territorial**

Los artículos 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 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 en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su «domicilio». 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.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos a acreditar en las «convocatorias limitadas a Mipymes». El numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer la «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.

El numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, que al menos tres Mipymes nacionales presenten la solicitud formal de limitar el proceso contractual a Mipymes nacionales y, por el otro, que estas deben hacer dicha solicitud por lo menos un día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con tales exigencias, esta entidad ha precisado que «[s]i bien la normativa del sistema de compra publica no establece como requisito acreditar la relación entre el objeto de la Mipyme y el objeto contrato, es imperativo que la entidad estatal verifique que quienes solicitan la limitación del proceso a Mipyme tienen un objeto social similar al objeto del contrato y, de ser así, la entidad deberá limitar el proceso de contratación a Mipymes». También ha dicho que la entidad estatal también debe aceptar las ofertas consorcios o uniones temporales formados exclusivamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Requisitos**

Esta entidad ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de Mipymes y ha precisado que, de todos modos, la decisión de hacerlo debe estar justificada en los correspondientes «estudios de 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, de fecha 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.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Procedencia – «limitación territorial»**

[…] la limitación a Mipymes nacionales a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, opera de pleno derecho, pero no «limitación territorial» referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. ibidem, pues esta es facultativa de la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada «a 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».

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Procedencia**

[…] 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, 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.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Procedencia – Modalidades de contratación**

La primera limitación que impone el inciso primero de la referida norma es en cuanto a las modalidades de selección de contratistas, en el entendido que únicamente se pueden limitar «la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos». Esto excluye la posibilidad de pedir la limitación de las convocatorias en los procesos de selección de mínima cuantía y también en los de contratación directa.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Limitación territorial – Relevancia – Domicilio de Mipymes**

[…] el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 se refiere a las «Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato» «cursivas propias», esto es, al «domicilio» y no a las «sucursales». Esta distinción es importante porque el beneficio normativo únicamente aplica en el lugar en el que la Mipyme tiene su «domicilio», y no en donde tiene sucursales.

[…]

Los artículos 110 y 111 del Código de Comercio se refieren a tales conceptos de forma independiente. El uno para referirse a los requisitos de constitución de una sociedad comercial y el otro para determinar el lugar donde se debe inscribir la escritura pública de constitución de la sociedad comercial. En ese sentido, si el legislador distinguió entre uno y otro y si el reglamento se refiere al «domicilio», se reitera que no es procedente extender el beneficio contenido en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. ibídem a las entidades que tienen «sucursales» en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato estatal.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Objeto del contrato – Objeto de Mipyme – Similitud – Limitación – Proceso de contratación**

[…] si bien la normativa del sistema de compra publica no establece como requisito acreditar la relación entre el objeto de la Mipyme y el objeto contrato, es imperativo que la entidad estatal verifique que quienes solicitan la limitación del proceso a Mipyme tienen un objeto social similar al objeto del contrato y, de ser así, la entidad deberá limitar el proceso de contratación a Mipymes.

Bogotá D.C., **21/04/2020 Hora 13:24:41s**

**N° Radicado: 2202013000002897**

Señor

**Roger Eselin Martínez**

Villavicencio, Meta

**Concepto C ─ 214 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | MIPYME ― Noción y alcance / MIPYMES ― Incentivos contractuales / MIPYMES NACIONALES ― Inexistencia de Mipymes del orden territorial / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Limitación territorial ― Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Procedencia de la «limitación territorial» / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Limitación territorial – Procedencia ― Procedencia en relación con las modalidades de contratación / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Limitación territorial ― Relevancia del domicilio de la Mipymes / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES ― Únicamente la pueden pedir las Mipymes cuyo objeto social coincida con el del contrato a celebrar. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000002100 |

Estimado señor Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de marzo de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿cuando (sic) una Entidad Estatal se encuentra adelantando una convocatoria publica (sic) contractual para contratar servicios de TRANSPORTE ESPECIAL DE PASAJEROS cod UNSPSC 78111800, (servicio que cuenta con habilitación especial del Ministerio de Transporte y que esta (sic) reglamentado de manera especial por el decreto 1079 de 2015, modificado por el decreto 431 de 2017 articulo 6 el cual modifica el articulo (sic) 2.2.1.6.3.1 ), al momento de expedir sus documentos precontractuales y manifestar SOBRE LA POSIBILIDAD DE LIMITAR A MIPYMES el proceso por estar dentro del rango permitido (MENOS DE US 125.000) y siempre y cuando exista solicitud radicada en debida forma con el lleno de requisitos estimados en la ley de por lo menos tres Mipymes nacionales para limitar la convocatoria a Mipymes nacionales, departamentales o Municipales, si es posible que dichas entidades estatales acepten la solicitud de limitación de personas jurídicas o naturales (mipymes nacionales) que no están habilitados por el Ministerio de Transporte para prestar este servicio de TRANSPORTE ESPECIAL CODIGO (sic) UNSCP 78111800 o que dentro de sus objeto comerciales no tiene contemplada la prestación del mismo, [e]s decir, si cualquier otra mipyme de carácter nacional con cualquier objeto comercial puede solicitar la limitación de la convocatoria?». Igualmente, usted pregunta lo siguiente:

- ii) ¿puede una Mipyme nacional argumentar válidamente que cuenta con domicilio en el departamento de ejecución del contrato por el hecho de tener establecimiento público, sucursal o agencia en dicho lugar?

- iii) ¿Es válido solicitar la limitación de mipymes con el certificado mercantil donde se contempla que se cuenta con la agencia o sucursal?

- iv) Las mipymes con domicilios secundarios (agencias, sucursales o establecimiento de comercio) pueden solicitar limitación a mipymes dentro de los procesos contractuales convocados por entidades publicas (sic) cuando demuestran que tienen en el mismo dentro de la jurisdicción convocada?

- v) ¿Deben los establecimiento o entidades públicas aceptar las limitaciones y permitir la participación de mipymes con domicilios secundarios?

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la posibilidad de limitar los procesos contractuales a Mipymes, en los conceptos del 5 y el 20 de agosto de 2019 –radicados Nos. 2201913000005596 y 2201913000006007– y, recientemente en los conceptos C-045, C-050, C-058, C-083, C-092, C-162, C-258 y CU-021 de 2020 –radicados Nos. 2202013000001285, 2202013000001286, 4202012000000629, 2202013000001599 y 2202013000001160–. La tesis propuesta se expone a continuación.

Según el artículo 2 de La Ley 905 de 2004[[1]](#footnote-1), que modificó la Ley 590 de 2000, la Micro, Pequeña y Mediana Empresa ─Mipyme─ es una «unidad de explotación económica, realizada por personas natural[es] o jurídica[s], en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana», claro está, siempre que cumpla las dos condiciones requeridas en el mismo artículo, relacionadas con el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y sus activos totales.

En ese sentido, la norma dispone que: i) la mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria ─UVT─, ii) la pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y iii) la microempresa es aquella que tiene una planta de personal de 10 trabajadores o menos o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales[[2]](#footnote-2).

Por otro lado, el numeral 4º del artículo 12 de la Ley 590 de 2000 estableció que las entidades públicas deben preferir, en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros, a las Mipymes nacionales en las adquisiciones necesarias para su funcionamiento[[3]](#footnote-3).

La normativa referida pretende fomentar las empresas que, por su tamaño o capacidad económica, no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas que cuentan con grandes capitales y plantas de personal. De este modo, no solo estas pequeñas unidades de explotación económica se hacen visibles dentro del mercado de bienes y servicios requeridos por las entidades públicas, sino que se promueve de manera directa el crecimiento de las regiones en las que tiene cabida tal actividad económica.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia con número de expediente 40.743, del 23 de mayo de 2012[[4]](#footnote-4), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, destacó que las entidades públicas deben, por un lado, promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden y, por el otro, establecer procedimientos administrativos que les faciliten el cumplimiento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto.

Junto con la promoción dispuesta en la Ley 590 de 2000 se encuentra el articulo 12 la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, que estableció las convocatorias limitadas a Mipymes en contratación pública, en los siguientes términos:

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 selección, *las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento*.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2o. 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 3o. 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 (Cursivas fuera de texto).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-862 de 2008, estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y señaló, entre otras cuestiones, que la intención del legislador fue implementar acciones afirmativas en la contratación de las micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y la creación de empresa, así como la generación de empleos formales.

A través del Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional reglamentó la norma transcrita, adoptando medidas para incentivar la contratación pública. Dentro de estas medidas se resaltan las «convocatorias limitadas a Mipymes» y la «limitación territorial» a Mipymes, contenidas, respectivamente, en los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. Este último dice lo siguiente:

Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

El artículo 2.2.1.2.4.2.2., por su parte, es del siguiente tenor:

La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

1. El valor del Proceso de Contratación es 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. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación.

Puede decirse, entonces, que el Decreto 1082 de 2015 regula la limitación de convocatorias a Mipymes en dos normas distintas, las cuales, sin embargo, deben leerse conjunta y armónicamente. Por un lado, la que prevé los requisitos generales para que la entidad limite sus convocatorias a Mipymes nacionales «*infra* literal a» y, por el otro, la que 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 en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su «domicilio». 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.

Igualmente, se debe precisar que el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 se refiere a las «Mipyme nacionales *domiciliadas* en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato» «cursivas propias», esto es, al «domicilio» y no a las «sucursales». Esta distinción es importante porque el beneficio normativo únicamente aplica en el lugar en el que la Mipyme tiene su «domicilio», y no en donde tiene sucursales.

El artículo 263 del Código de Comercio define las sucursales como «los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad». Nótese que la norma se refiere a los conceptos de «sucursal» y «domicilio» de forma diferente, de lo que se deriva que las sociedades comerciales tienen un domicilio y puede tener una o varias sucursales. Esto implica que no existen los «domicilios secundarios» a los que se refiere el ciudadano solicitante, pues, se insiste, las sociedades comerciales solo pueden tener un domicilio.

En ese mismo sentido, los artículos 110 y 111 *ibídem* se refieren a tales conceptos de forma independiente. El uno para referirse a los requisitos de constitución de una sociedad comercial y el otro para determinar el lugar donde se debe inscribir la escritura pública de constitución de la sociedad comercial. En ese sentido, si el legislador distinguió entre uno y otro y si el reglamento se refiere al «domicilio», se entiende que no es procedente extender el beneficio contenido en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibídem* a las entidades que tienen «sucursales» en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato estatal.

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». La primera limitación se deriva del inciso primero de la referida norma, en cuanto a las modalidades de selección de contratistas, en el entendido que únicamente se puede limitar «la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos». Esto excluye, pues, la posibilidad de pedir la limitación de las convocatorias en los procesos de selección de *mínima cuantía* y también en los de *contratación directa*. Para los efectos de la consulta *sub* examine, se debe precisar que una de las causales de *selección abreviada* es la *contratación de menor cuantía*, según lo que establece el artículo 2, numeral 2, literal b, de la Ley 1150 de 2007.

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[[5]](#footnote-5)─, 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[[6]](#footnote-6) 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[[7]](#footnote-7)-2017, 2018-2019 y 2020-2021 (vigente)[[8]](#footnote-8). 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 tres (3) 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 día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con tales exigencias, Colombia Compra Eficiente ha precisado que la entidad estatal debe aceptar las ofertas de consorcios o uniones temporales formados exclusivamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme»[[9]](#footnote-9). También ha dicho que «[s]i bien la normativa del sistema de compra pública no establece como requisito acreditar la relación entre el objeto de la Mipyme y el objeto contrato, es imperativo que la entidad estatal verifique que quienes solicitan la limitación del proceso a Mipyme tienen un objeto social similar al objeto del contrato y, de ser así, la entidad deberá limitar el proceso de contratación a Mipymes». En efecto, en concepto del 27 de septiembre de 2019 −radicado No. 2201913000007211−, esta Subdirección expuso cuatro argumentos que sustentan tal exigencia, a saber:

En primer lugar, es pertinente acudir a los criterios de interpretación de la legislación civil por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El Código Civil dispone el criterio de aplicación útil, según el cual el sentido de la cláusula que produce algún efecto debe preferirse a aquel que no produzca ninguno, en correspondencia con este criterio, la entidad estatal debe aplicar la regla en el sentido que tenga efectos útiles para el proceso de contratación, de modo puede servirse de las solicitudes recibidas para conocer si existen Mipymes interesadas que produzcan los bienes o servicios requeridos y que justifiquen la limitación.

[…]

Como segundo punto, la entidad debe buscar que con el procedimiento de selección se cumplan los principios y fines de la contratación estatal, entre los cuales está la continua y eficiente prestación del servicio , por ello debe analizar si los solicitantes y los proponentes son capaces de cumplir el contrato, entregando bienes o servicios de calidad; por ello, cuando el proponente no tiene la capacidad para ejecutar el contrato no es habilitado, así mismo, el solicitante que no demuestre su capacidad tampoco debe ser tenido en cuenta para la convocatoria.

Como tercer punto, la entidad estatal según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 debe “establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes”, por ello puede desde la solicitud asegurarse que son Mipymes producen las que los bienes o servicios que requiere el contrato, pero esto es posible si se evalúa las actividades que desarrollan los solicitantes. Una vez se verifican los objetos sociales, la entidad puede ofrecer condiciones de preferencia a las Mipyme correctas, pues la limitación impide que otro tipo de personas jurídicas accedan al proceso de contratación.

Finalmente, el tercer inciso del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 dispone que es deber de los entes del Estado “garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación”, esta satisfacción de la necesidad estatal solo es posible si los beneficiarios del incentivo son aquellas Mipyme que cumplen las condiciones técnicas requeridas y por ello la entidad debe verificar en todas las etapas del proceso que los beneficios de la convocatoria son aquellos que satisfacen tal necesidad, así en atención a lo antes explicado, la entidad estatal utiliza las solicitudes recibidas para asegurarse que las Mipymes solicitantes producen los bienes o servicios que requiere.

De todos modos, las Mipymes nacionales que pretendan participar en el proceso de selección deben acreditar mínimo un año de existencia, para lo cual deben presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación[[10]](#footnote-10).

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[[11]](#footnote-11). Esto de acuerdo con lo establecido en 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».

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

Adicionalmente, en la consulta No. 215130008193, del 9 de noviembre de 2015, esta Subdirección sostuvo que «[p]ara limitar un Proceso de Contratación a Mipymes territoriales la Entidad Estatal debe tener en cuenta que se cumplan necesariamente 3 supuestos». Los dos primeros, se dijo, están en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, mientras que el tercero se encuentra en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibidem*. Este último, «debe entenderse en el sentido que si las Mipymes que manifiestan su interés en limitar la convocatoria son por lo menos tres Mipyme domiciliadas en el departamento o municipio, la limitación será territorial y no nacional». 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 tres 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 tres 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, 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 tres 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 2.2.1.2.4.2.2. 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 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.

1. **Respuesta**

«¿Cuando (sic) una Entidad Estatal se encuentra adelantando una convocatoria publica (sic) contractual para contratar servicios de TRANSPORTE ESPECIAL DE PASAJEROS cod UNSPSC 78111800, (servicio que cuenta con habilitación especial del Ministerio de Transporte y que esta (sic) reglamentado de manera especial por el decreto 1079 de 2015, modificado por el decreto 431 de 2017 articulo 6 el cual modifica el articulo (sic) 2.2.1.6.3.1 ), al momento de expedir sus documentos precontractuales y manifestar SOBRE LA POSIBILIDAD DE LIMITAR A MIPYMES el proceso por estar dentro del rango permitido (MENOS DE US 125.000) y siempre y cuando exista solicitud radicada en debida forma con el lleno de requisitos estimados en la ley de por lo menos tres Mipymes nacionales para limitar la convocatoria a Mipymes nacionales, departamentales o Municipales, si es posible que dichas entidades estatales acepten la solicitud de limitación de personas jurídicas o naturales (mipymes nacionales) que no están habilitados por el Ministerio de Transporte para prestar este servicio de TRANSPORTE ESPECIAL CODIGO (sic) UNSCP 78111800 o que dentro de sus objeto comerciales no tiene contemplada la prestación del mismo, [e]s decir, si cualquier otra mipyme de carácter nacional con cualquier objeto comercial puede solicitar la limitación de la convocatoria?»

El numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece dos exigencias: por un lado, que al menos tres (3) 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 día antes de la apertura del proceso de contratación. En relación con la primera de tales exigencias, Colombia Compra Eficiente ha precisado que «[s]i bien la normativa del sistema de compra pública no establece como requisito acreditar la relación entre el objeto de la Mipyme y el objeto contrato, es imperativo que la entidad estatal verifique que quienes solicitan la limitación del proceso a Mipyme tienen un objeto social similar al objeto del contrato y, de ser así, la entidad deberá limitar el proceso de contratación a Mipymes».

En ese sentido, si un proceso contractual tiene como objeto la prestación del servicio de transporte terrestre de personas, únicamente las Mipyme cuyo objeto social sea similar al de dicho contrato podrán pedir que el proceso contractual se limite a Mipymes. En otras palabras, si el objeto social de la Mipyme que solicita la limitación del proceso contractual, no contempla la prestación del servicio de transporte terrestre de personas, esta última, a juicio de Colombia Compra Eficiente, no se encuentra habilitada legalmente para pedir la limitación del proceso a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

ii) ¿puede una Mipyme nacional argumentar válidamente que cuenta con domicilio en el departamento de ejecución del contrato por el hecho de tener establecimiento público, sucursal o agencia en dicho lugar?; iii) ¿Es válido solicitar la limitación de mipymes con el certificado mercantil donde se contempla que se cuenta con la agencia o sucursal?; iv) Las mipymes con domicilios secundarios (agencias, sucursales o establecimiento de comercio) pueden solicitar limitación a mipymes dentro de los procesos contractuales convocados por entidades publicas (sic) cuando demuestran que tienen en el mismo dentro de la jurisdicción convocada?; v) ¿Deben los establecimiento o entidades públicas aceptar las limitaciones y permitir la participación de mipymes con domicilios secundarios?

Ahora bien, para responder la pregunta *sub examine* hay que distinguir dos hipótesis: de un lado, cuando la entidad limitó la convocatoria a Mipymes nacionales en ejercicio de la facultad que le otorga artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. Del otro, cuando la limitó «a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato», en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibidem*, claro está, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. *ejusdem*. En ese sentido, en el primer evento cualquier Mipyme puede participar en el proceso, sin distingo de su «domicilio» o la ubicación de sus sucursales. Pero si ocurrió el segundo evento, las Mipymes habilitadas para participar en el proceso contractual son únicamente las que tienen su «domicilio» en el municipio o el departamento en el que se va a ejecutar el contrato estatal. En este último evento, lo que se debe tener en cuenta es el «domicilio» de la Mipyme y no la ubicación de sus diferentes sucursales.

Es del caso precisar que el artículo 263 del Código de Comercio, que define las sucursales como «los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad», se refiere a los conceptos de «sucursal» y «domicilio» de forma diferente, de lo que se deriva que las sociedades comerciales tienen un domicilio y puede tener una o varias sucursales. Esto implica que no existen los «domicilios secundarios» a los que se refiere el ciudadano solicitante, pues, se insiste, las sociedades comerciales solo pueden tener un domicilio.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 2o. definiciones. Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

   »1. Mediana empresa: // a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o // b) Activos totales por valor entre 100.000 a 610.000 UVT.

   » Pequeña empresa: // a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o // b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

   »3. Microempresa: // a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o, // b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes». [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 12. Concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado. Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2o de la Ley 80 de 1993 o de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales: […]

   »4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Allí se dijo: «La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano; 3. El acceso a mercados financieros, y; 4. La creación de unidades empresariales (…) Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la concurrencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben: 1. Desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente a la preferencia de normas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. La TRM diaria se puede consultar en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fecha de expedición del Decreto 1082. [↑](#footnote-ref-7)
8. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/umbrales_2020_-_2021.pdf> [↑](#footnote-ref-8)
9. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1450 de 2011: «Artículo 32. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación». [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. Cfr. Concepto emitido en el radicado 4201913000005674, dictado el 27 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-12)