**LEY 2069 DE 2020 – Finalidad**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. En cuanto a su contenido, es importante señalar que –como dispone el artículo 1– aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”.

**MIPYMES – Convocatorias limitadas – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34**

[…] Por su parte, el numeral segundo, establece dos exigencias: por un lado, que al menos dos (2) Mipyme colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes sólo las podrán realizar las Mipymes, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Asimismo, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipymes, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

**MIPYMES – Criterios diferenciales**

El artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.18 al Decreto 1082 de 2015 reguló los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Conforme a esta norma las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

**ESAL – Convocatorias limitadas a Mipyme – Imposibilidad – Participación – Reiteración – Excepción**

Retomando la postura indicada, debe aclararse que en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, y a la luz de las consideraciones contenidas en los párrafos precedentes, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, y por regla general, no podrían participar en los procesos de contratación limitados a Mipymes; lo anterior no quiere significar que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual. De hecho, el Decreto 092 de 2017 reguló su régimen especial de contratación e, incluso, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo aquellos procesos contractuales limitados a Mipymes.

Bogotá D.C., 19 Junio 2024



Señora

**Karen Liceth Rodriguez Rivera**

karenliceth92@gmail.com

La Jagua de Ibirico, Cesar

**Concepto C – 094 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY 2069 DE 2020 – Finalidad / MIPYMES – Convocatorias limitadas – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34 / MIPYMES – Criterios diferenciales / ESAL – Convocatorias limitadas a Mipyme – Imposibilidad – Participación – Reiteración – Excepción  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240503004637 |

Estimada señora Karen:

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 03 de mayo de 2024.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta sobre la limitación de convocatorias a Mipymes de la siguiente manera:

“1. Una ESAL o entidad sin ánimo de Lucro (Fundaciones), inscrita en el certificado de existencia y representación legal con objeto social y tamaño empresarial, ¿puede solicitar y participar en convocatoria limitadas a MIPYMES?

2. Si la respuesta es afirmativa, ¿Qué herramientas jurídicas tiene la entidad

estatal para rechazar una solicitud de limitación o propuesta de una Fundación que cumple con cada uno de los requisitos de acreditación establecidos en el decreto 1860/2021 ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.4. en caso de limitar el proceso a Mipyme?

3. ¿Cómo debe proceder una entidad estatal para no permitir que una ESAL – Fundación, participe como Mipyme para obtener el puntaje, en el entendido que el certificado de existencia y representación legal y RUP establece esta condición y según la normativa indica, estos son documentos idóneos para acreditar la calidad de Mipyme?

4. ¿Puede la entidad estatal de forma autónoma y basada en precedentes, decidir si acepta o no la solicitud de limitar a Mipyme y posterior participación de este tipo de ESAL en un proceso de contratación, diferentes a los establecidos en el decreto 092/2017? […]” (SIC)

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) regulación de las convocatorias limitadas a Mipymes en la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021; ii) criterios diferenciales a Mipymes y su reglamentación y ii) participación de las ESAL en los procesos contractuales limitados a Mipyme.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- se ha referido previamente a la 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 9 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 2 de marzo de 2021, C-040 del 2 de marzo de 2021, C-044 del 3 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo 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-455 del 31 de agosto de 2021, entre otros.[[2]](#footnote-3); a su turno, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos[[3]](#footnote-4), refiriéndose a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y Mipymes y su reglamentación, en los conceptos C-029 de 21 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-141 del 8 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021 y C-031 del 1 de marzo de 2022, C-213 del 21 de abril de 2022, C-217 del 21 de abril de 2022, C-281 del 12 de mayo de 2022, C-322 del 20 de mayo de 2022, C-323 del 17 de junio de 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022, C-398 del 15 de junio de 2022, C-399 del 21 de junio de 2022, C-421 del 6 de julio de 2022, C-429 del 18 de julio de 2022, C-438 del 11 de julio de 2022, C-454 del 13 de julio de 2022, C-476 del 21 de junio de 2022, C-479 del 26 de julio de 2022, C-504 del 8 de agosto de 2022, C-522 del 16 de agosto de 2022, C-642 del 11 de octubre de 2022 y C-696 de 26 de octubre de 2022, entre otros; de otra parte, esta Agencia también se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la participación de las entidades sin ánimo de lucro – desde ahora ESAL – en procesos contractuales limitados a MiPymes. Al respecto expidió el concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterado en los conceptos del 20, 21 y 22 de agosto y el 17 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006007, 2201913000006081, 2201913000006151 y 2201913000006895−, C-258 del 17 de abril, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020, C-160 del 20 de abril de 2021, C-474 del 26 de julio de 2022, C-020 del 14 de febrero de 2023 y, en lo pertinente, dichas tesis se reiteran a continuación, precisando su alcance de acuerdo con la consulta planteada.

**2.1 Regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme en la Ley 2069 de 2020 y en el Decreto 1860 de 2021**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “*Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*”. En cuanto a su contenido, es importante señalar que –como dispone el artículo 1– aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5) , así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6).

Según lo ha reiterado esta Agencia en múltiples conceptos sobre la materia, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispuso nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. En particular, la citada disposición modificó el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, prescribiendo lo que se indica a continuación:

(i) Encomienda al Gobierno Nacional, con carácter imperativo, 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, no sin antes agregar que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

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

(iii) 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, cuando estos fuesen aplicables.

(iv) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a Mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un (1) año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, fenómeno que ha sido entendido esencialmente como el acto de sustituir una norma por otra[[6]](#footnote-7).

Teniendo en cuenta el efecto de subrogación, conviene revisar la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que hasta la fecha de expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a Mipymes. En criterio de esta Agencia, dicho artículo del Decreto reglamentario perdió vigencia, porque su contenido era contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, operó la pérdida de fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, que establece que los actos administrativos dejan de ser obligatorios o decaen “cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

Esto último, se ve consolidado con la expedición del Decreto 1860 de 2021, reglamento que modificó, entre otros aspectos, la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015.

Por otra parte, en cuanto a lo dispuesto por el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, en donde se regulaba la posibilidad de limitar convocatorias a Mipymes domiciliadas en un determinado ámbito territorial, se estima que este, al igual que el artículo 2.2.1.2.4.2.2., también está cobijado por el fenómeno del decaimiento y, actualmente, fue sustituido en su integridad por lo dispuesto en el Decreto 1860 de 2021. En efecto, con fundamento en lo previsto en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, en su artículo 5 se dispuso expresamente la modificación de los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

La Subsección 2 modificada, contiene los siguientes artículos (i) 2.2.1.2.4.2.2. que consagra los requisitos para limitar la convocatoria de los procesos de contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia; (ii) 2.2.1.2.4.2.3. que desarrolla las convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato; y (iii) 2.2.1.2.4.2.4. que regula la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas. De este modo, interesa precisar que el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a las convocatorias limitadas a Mipyme como se verá a continuación.

Respecto a lo señalado en el inciso primero del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, se exige que las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos señalados allí. Al respecto, el referido artículo indica lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias Imitadas a Mipyme. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes, 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”. [Énfasis fuera de texto]

Según se evidencia, 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 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 (2) años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo[[7]](#footnote-8).

Por su parte, el numeral segundo, establece dos exigencias: por un lado, que al menos dos (2) Mipyme colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes sólo las podrán realizar las Mipymes, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Asimismo, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipymes, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

 En ese orden, en caso de que una Mipyme se encuentre interesada en solicitar la limitación de la convocatoria, deberá junto con su respectiva solicitud, las cual podrá presentar a la entidad por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de contratación, acreditar: *i)* que tiene el tamaño empresarial establecido por la ley para ser considerada Mipyme*, ii)* que cuenta mínimo, con un (1) año de existencia y, en caso de que se trate una persona jurídica*, iii)* que su objeto social le permite ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Información esta, que verificará la Entidad Estatal que adelanta el respectivo proceso de contratación, para así determinar si procede o no a efectuar la limitación de la convocaría. Sin embargo, debe aclararse, que las entidades en el marco del principio de autonomía están facultadas para establecer en el pliego de condiciones, las reglas a través de las cuales se acreditarán dichas situaciones, esto, bajo la observación de lo señalado en el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021. Dicha norma, en su tenor literal dispone:

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

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

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

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

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

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

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

 En tal sentido, la norma precitada señala las formas en las que las Mipyme colombianas deben acreditar el tamaño empresarial establecido por la ley; de este modo, las entidades deben dar cumplimiento expreso a las distintas posibilidades que otorga el Decreto 1082 de 2015, para que las Mipyme acrediten que tienen el tamaño empresarial dispuesto en la norma. Esto, sin perjuicio de que las entidades determinen en cada caso concreto, si los particulares partícipes de sus procesos de contratación cumplen o no las condiciones antes explicadas, para así dilucidar si limitan o no la convocatoria a Mipymes.

**2.2 Regulación de los criterios diferenciales en favor de las Mipyme nacionales en el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.18 al Decreto 1082 de 2015 reguló los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. Conforme a esta norma las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia.

 Estos criterios en favor de las Mipyme buscan reducir las asimetrías entre estas y las grandes empresas para vincularse como proveedoras al mercado de compras públicas y, en consecuencia, promover y facilitar la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 estableció que, según los resultados del análisis del sector, en función de los criterios de clasificación empresarial, los documentos del proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos: i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Lo anterior significa que para la determinación de los criterios diferenciales para Mipyme, las entidades podrán escoger uno o algunos de estos requisitos habilitantes, los cuales deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato. En tal sentido, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurran al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Asimismo, el decreto dispone que, con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales que en ningún caso podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. Como se observa, se estableció un porcentaje techo para el respectivo puntaje adicional, lo que significa que las entidades pueden otorgar el puntaje máximo de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos o un puntaje menor; esto con el objeto de que la aplicación del incentivo no vaya en desmedro de la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, conforme el deber de selección objetiva exige, por lo que el reglamento estimó como adecuado el porcentaje señalado.

En lo relativo a la aplicación de los criterios diferenciales y puntajes adicionales para proponentes plurales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o en la unión temporal. Así mismo, de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 de 2015 los criterios diferenciales y puntajes adicionales en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas no se aplicarán cuando se limiten las convocatorias a Mipyme en los términos de los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, en donde se describió lo referente a la aplicación de criterios diferenciales y puntajes adicionales para Mipyme, se analizará la participación de las ESAL en procesos contractuales limitados a Mipyme, reiterando y precisando la postura adoptada por esta Agencia en conceptos anteriores.

**2.3 Participación de las ESAL en los procesos contractuales limitados a Mipyme**

El artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, define la empresa como toda unidad de explotación económica que realiza una persona natural o jurídica en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios[[8]](#footnote-9). Además, establece que estas se clasifican en micro, pequeña, mediana y gran empresa, de acuerdo con los criterios del número de trabajadores totales, el valor de ventas brutales anuales y el valor de activos totales. Ahora bien, el artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 957 de 2019, establece que:

1. La microempresa en el sector manufacturero, es “aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT)”, en el sector servicios, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT)”, y en el sector comercio, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT)
2. La pequeña empresa en el sector manufacturero, es aquella “cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a veintitrés mil quinientos sesenta y tres Unidades de Valor Tributario (23.563 UVT) e inferiores o iguales a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT)”; en el sector servicios, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131. 951 UVT)”; y en el sector comercio, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y nueve Unidades de Valor Tributario (44.769 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT)”.
3. La mediana empresa, en el sector manufacturero, es aquella “cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a doscientos cuatro mil novecientos noventa y cinco Unidades de Valor Tributario (204.995 UVT) e inferiores o iguales a un millón setecientos treinta y seis mil quinientos sesenta y cinco Unidades de Valor Tributario (1'736.565 UVT)”; en el sector servicios, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT)”, y en el sector comercio, la que sus “ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a cuatrocientos treinta y un mil ciento noventa y seis Unidades de Valor Tributario (431.196 UVT) e inferiores o iguales a dos millones ciento sesenta mil seiscientos noventa y dos Unidades de Valor Tributario (2'160 .692 UVT)[[9]](#footnote-10)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante precisar que esta Agencia ha sostenido de forma reiterada la tesis[[10]](#footnote-11) consistente en que las ESAL no pueden solicitar la limitación de los procesos contractuales Mipyme, ni participar en procesos en los que se hubiese realizado la limitación, considerando que en atención del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. De esta forma, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, en el entendido en que no tienen ánimo de lucro, y que su objeto está destinado a realizar actividades de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, lo cierto es que estas no podrán participar en los procesos de contratación limitado a Mipymes. Lo anterior teniendo en cuenta que no responden al concepto de empresa que involucra dicha categoría, por lo que no resulta jurídicamente válido aplicar a las ESAL las normas dirigidas a las Mipymes.

Retomando la postura indicada, debe aclararse que en virtud del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, y a la luz de las consideraciones contenidas en los párrafos precedentes, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, y por regla general, no podrían participar en los procesos de contratación limitados a Mipymes; lo anterior no quiere significar que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual. De hecho, el Decreto 092 de 2017 reguló su régimen especial de contratación e, incluso, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo aquellos procesos contractuales limitados a Mipymes.

1. **Respuestas**

*“*1. Una ESAL o entidad sin ánimo de Lucro (Fundaciones), inscrita en el certificado de existencia y representación legal con objeto social y tamaño empresarial, ¿puede solicitar y participar en convocatoria limitadas a MIPYMES?

Respecto al primer interrogante, se precisa que las ESAL no pueden solicitar la limitación de los procesos contractuales Mipyme, ni participar en procesos en los que se hubiese realizado la limitación, considerando que en atención del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, puede decirse que solo podrán ser Mipymes las empresas, entendidas estas como las unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa.

De esta forma, en razón a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, en el entendido en que no tienen ánimo de lucro, y que su objeto está destinado a realizar actividades de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, lo cierto es que estas no podrán participar en los procesos de contratación limitados a Mipymes. Lo anterior teniendo en cuenta que no responden al concepto de empresa que involucra dicha categoría, por lo que no resulta jurídicamente válido aplicar a las ESAL las normas dirigidas a las Mipymes.

*2. Si la respuesta es afirmativa, ¿Qué herramientas jurídicas tiene la entidad*

*estatal para rechazar una solicitud de limitación o propuesta de una Fundación que cumple con cada uno de los requisitos de acreditación establecidos en el decreto 1860/2021 ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.4. en caso de limitar el proceso a Mipyme?*

Respecto al segundo interrogante, no se pronunciará la Agencia en el entendido en que el supuesto planteado, no tiene procedencia en atención a la respuesta dada en el primer interrogante.

*3. ¿Cómo debe proceder una entidad estatal para no permitir que una ESAL – Fundación, participe como Mipyme para obtener el puntaje, en el entendido que el certificado de existencia y representación legal y RUP establece esta condición y según la normativa indica, estos son documentos idóneos para acreditar la calidad de Mipyme?*

*4. ¿Puede la entidad estatal de forma autónoma y basada en precedentes, decidir si acepta o no la solicitud de limitar a Mipyme y posterior participación de este tipo de ESAL en un proceso de contratación, diferentes a los establecidos en el decreto 092/2017?*

Respecto al tercer y cuarto interrogante se precisa que para la acreditación de la calidad de Mipyme de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015, se puede realizar para las personas jurídicas, mediante la presentación del certificado de existencia y representación legal o mediante el Registro Único de Proponentes, pero esa Mipyme debe ser entendida como empresa a la luz de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 que modificó el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, a diferencia de las ESAL, pues a pesar de tener estos certificados, al no ser empresa, no pueden ser clasificadas como Mipyme.

 Ahora bien, frente a la forma en la que debe proceder la Entidad en las situaciones descritas, se informa que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente no tiene la competencia para establecer o definir la forma en la que deban actuar las entidades en el marco de los procesos de contratación que adelanten, lo cual no exonera a la responsabilidad que tienen las entidades de ceñirse a lo establecido en la normatividad vigente señalada en el presente concepto.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. La Agencia también se ha pronunciado sobre las diferentes disposiciones de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 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-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021 y C-617 del 12 de diciembre de 2021, C-689 del 05 de enero de 2022, C-738 del 1 de febrero de 2022, C-741 del 1 de febrero de 2022, C-750 del 4 de febrero de 2022, C-031 del 1 de marzo de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-057 del 8 de marzo de 2022, C-199 del 13 de abril de 2022 entre otros. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 2069 de 2020, Artículos 2 al 29 [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 2069 de 2020, Artículos 30 al 36 [↑](#footnote-ref-6)
6. Sentencia C-502 de 2012 de la Corte Constitucional, en donde señala: “como quiera que la primera, en lugar de abolir o anular una disposición del ordenamiento jurídico, lo que hace es reemplazar un texto normativo por otro. Por tanto, como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por otras nuevas, en todo o en parte ” [↑](#footnote-ref-7)
7. Este monto fue publicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, de acuerdo con la información remitida por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, disponible en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/vf_umbrales_actualizaciones_2022_-_2023_1.pdf>. Allí se señala que el monto corresponde a $ 457.297.264. [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 1450 de 2011. «Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así:

"Artículo 2°. Definiciones de tamaño empresarial. Para todos los efectos, se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. Para la clasificación por tamaño empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios: “1. Número de trabajadores totales.

 2. Valor de ventas brutas anuales.

 3. Valor activos totales.

Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será

el valor de ventas brutas anuales.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los

casos que considere necesario.

Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas

reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo”. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 957 de 2019. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ver Concepto del 21 de julio de 2016 −radicado No. E20161300000072−, reiterado en los Conceptos del 20, 21 y 22 de agosto y el 17 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006007, 2201913000006081, 2201913000006151 y 2201913000006895−, C-258 del 17 de abril, C-413 de 30 de junio de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-728 del 14 de diciembre de 2020, C-160 del 20 de abril de 2021, C-474 del 26 de julio de 2022 y C-338 del 17 de agosto de 2023. [↑](#footnote-ref-11)