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

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

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos**

El artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece los requisitos que se deben acreditar en las “convocatorias limitadas a MiPymes”. El primer elemento delimitador del ámbito de aplicación de esta norma deriva del primer inciso en donde se estable que la “Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las MiPymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia […]”. Esta redacción obedece a un cambio introducido por el Decreto 1860 de 2021, el cual solo permitía la limitación a MiPymes nacionales en los procedimientos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Limitación territorial – Facultad discrecional**

Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. *ibidem*, la entidad puede ─no tiene que─ decidir si limita la convocatoria a las MiPymes nacionales domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato1. 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”. En cualquier caso, Colombia Compra Eficiente ha sostenido que es discrecional la decisión de limitar territorialmente una convocatoria de MiPymes, y ha precisado que, de todos modos, la decisión debe estar justificada en los correspondientes “estudios del sector”. […] los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3  deben ser interpretados de manera armónica, comoquiera que para proceder a limitar hacer una limitación territoriales es indispensable que se cumplan, no solo el presupuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.3.–domicilio en el municipio o departamento de ejecución del contrato–, sino también los establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 –valor del proceso de contratación en el rango indicado y solicitudes de al menos dos MiPymes presentadas oportunamente–. En ese sentido, para que proceda la limitación territorial es necesario que se presenten al menos dos solicitudes de MiPymes domiciliadas en el departamento o municipio en donde se va a ejecutar el contrato.  Este entendimiento de la norma, sin embargo, da lugar a dos interpretaciones sobre las que se deben hacer unas precisiones.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Presupuestos mínimos – Análisis del sector – Mecanismos de control**

[…] situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a MiPymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Cambio de domicilio – Práctica restrictiva**

[…] de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, resulta posible que una persona natural acredite su condición de Mipyme y participe en el proceso de selección limitado para estas empresas. Sin embargo, en consideración a que el trámite de cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, el cual se encuentra regulado en el artículo 165 del Código de Comercio y el numeral 1.3.7.1. de la Circular Externa 100-000002 de abril 25 de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, exige ciertos requisitos, y aquellos se cumplen por parte del interesado, será la entidad contratante la llamada a verificar de manera objetiva si la limitación territorial resultaría contraria al propósito de la norma, según la cual se pretende la promoción de las economías y la industria local, y más bien determine que la limitación territorial derive a prácticas restrictivas de la competencia, en observancia de los principios de igualdad y selección objetiva, tendrá que abstenerse de hacer la limitación territorial.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Interfaz de usuario gráfica, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Señor

**Edilberto Romero González**

[edilberto.romero1@hotmail.com](mailto:edilberto.romero1@hotmail.com)

Bogotá D.C.

**Concepto C-684 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PROMOCIÓN AL DESARROLLO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34 / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES NACIONALES – Requisitos / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Limitación territorial – Facultad discrecional CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Presupuestos mínimos – Análisis del sector – Mecanismos de control / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL – Cambio de domicilio – Práctica restrictiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20241002010039 |

Estimado señor, Romero González:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 02 de octubre de 2024, en la cual consulta lo siguiente:

*“*[…]

*1. Si un proceso es limitado a MIPYMES, por dos o más empresas con no menos de un año de constitución; ¿A dicho proceso no se pueden presentar empresas que tengan menos de un año de constitución?*

*2. Si en un proceso contractual que aplique la Limitación a MIPYMES, se reciben solicitudes a limitar para el Departamento y a la vez para Limitar al Municipio; ¿La entidad es libre de decidir a que territorio se limita?*

*3. En un proceso limitado a MIPYMES Territoriales, ¿Se puede evaluar como cumple una empresa que tiene un establecimiento comercial o una sucursal en ese Municipio? ¿Sin importar que su domicilio principal sea en otro Municipio?*

*4. Teniendo en cuenta que el sentido de la norma es incentivar la economía local; ¿Qué controles se pueden establecer para las personas naturales, en vista, que las cámaras de comercio les permite mutar el domicilio en dos pasos virtualmente y de manera inmediata? ¿Incurriría en una irregularidad aquella persona que cambie de domicilió para poder presentarse en procesos limitados? ¿Si fuese adjudicatario de un proceso bajo esa modalidad, incurriría en algún tipificación disciplinaria o penal?”*

[SIC]*.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública, ni para pronunciarse frente a normas que regulen aspectos de naturaleza sancionatoria o penal. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problema planteado:**

1. En virtud del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 ¿puede una Mipyme colombiana con menos de un (1) año de constitución presentar oferta a un proceso limitado a Mipymes?

2. En virtud del artículo 2.2.1.2.4.2.3., ¿Puede la entidad definir libremente si la limitación territorial corresponderá al departamento y/o al municipio de ejecución del contrato?

3. Además, ¿En caso de que se trate de una convocatoria limitada territorialmente, podría participar una MiPyme que cuenta con establecimiento de comercio o sucursal, pero sin domicilio en el territorio en el cual se ejecutará el objeto del contrato?

4. Y, por último, ¿afecta en el desarrollo de una convocatoria limitada territorialmente el hecho de que una persona natural interesada cambié su domicilio ante cámara de comercio para presentarse a esta?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. En virtud del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, la convocatoria de procesos de selección competitivos que adelanten las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, se deben limitar para la participación exclusiva de MiPymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 de la norma en cita. En ese sentido, las MiPymes colombianas con menos de un (1) año de existencia no pueden participar en las convocatorias limitadas ni individualmente, ni como integrantes de consorcios, ni como integrantes de uniones temporales o cualquier otra figura asociativa.  2. Las MiPymes no están habilitadas para solicitar la “limitación territorial”, sino que lo están para solicitar la “convocatoria limitada a MiPymes”, conforme el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. Por lo que las solicitudes que efectúen las MiPymes deben ajustarse únicamente a la limitación para la participación exclusiva de empresas con la calidad de MiPymes, sin que sea posible exigir una limitación territorial en particular. Lo anterior, por cuanto la decisión de limitar la convocatoria territorialmente opera de manera discrecional por parte del contratante e implica que dicha facultad no sea caprichosa o arbitraría o desconozca los fines de la norma. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que la regulación establecida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 apunta a realizar una promoción de los MiPymes, privilegiando la participación de aquellas domiciliadas en el lugar de ejecución del contrato, de tal manera que los recursos de la contratación pública contribuyan al desarrollo empresarial en el territorio. Es claro que el fin de la norma no es el de establecer proveedores únicos en los municipios y/o departamentos sino permitir que en determinados procesos la selección de las ofertas se realice exclusivamente con la participación exclusiva de tales MiPymes.  De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de MiPymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.  3. Desde la postura de la Agencia en los conceptos emitidos desde antes de la expedición del Decreto 1860 de 2021, hasta luego de su entrada en vigencia, la tesis sostenida se mantiene y consiste en que, para que se permitiera la participación de una MiPyme en un proceso de selección limitado territorialmente, aquella interesada deberá demostrar estar domiciliada en el municipio o departamento en el que se ejecutaría el contrato. De manera que la postura vigente no contempla la posibilidad de que una MiPymes domiciliada en un departamento o municipio diferente al lugar de ejecución del contrato y en atención al cual se realiza la limitación territorial, pueda participar en dicho proceso de selección por el hecho de contar con un establecimiento de comercio o sucursal en dicho territorio, puesto que lo relevante es su domicilio.  4. Para responder al interrogante, lo primero es señalar que, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, resulta posible que una persona natural acredite su condición de Mipyme y participe en el proceso de selección limitado para estas empresas. Sin embargo, en consideración a que el trámite de cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, el cual se encuentra regulado en el artículo 165 del Código de Comercio y el numeral 1.3.7.1. de la Circular Externa 100-000002 de abril 25 de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, exige ciertos requisitos, y aquellos eventualmente se cumplan por parte del interesado, será la entidad contratante la llamada a verificar de manera objetiva si la limitación territorial resultaría contraria al propósito de la norma, según la cual se pretende la promoción de las economías y la industria local, y más bien determine que la limitación territorial derive a prácticas restrictivas de la competencia, en observancia de los principios de igualdad y selección objetiva, tendrá que abstenerse de hacer la limitación territorial.  De igual forma, situaciones en las que se ejerza la potestad de limitar las convocatorias a MiPymes desconociendo los presupuestos mínimos estudiados, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

En desarrollo del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 –modificado por el Decreto 1860 de 2021– establece los requisitos que se deben acreditar en las “convocatorias limitadas a MiPymes”. El inciso primero de la referida norma exige que las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las MiPymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos señalados allí. Al respecto indica lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias Imitadas a MiPymes. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las MiPymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurran los siguientes requisitos:

1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) MiPymes colombianas para limitar la convocatoria a MiPymes 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 MiPymes, 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 MiPymes, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo.

Según se evidencia, el numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales para las convocatorias limitadas a MiPymes, puesto que el valor del proceso de contratación debe ser “menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”. Esto de acuerdo con la tasa que determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Por su parte, el numeral segundo establece que al menos dos (2) MiPymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Asimismo, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar la MiPymes, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Por lo demás, 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 relación con las limitaciones territoriales de las convocatorias a MiPymes, a la luz del antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia –en los Conceptos 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020 y C-700 de 1 de diciembre de 2020– había sostenido que, para que se permitiera la participación de una MiPymes en uno de estos procesos, era necesario que esta demostrara estar domiciliada en el municipio o departamento en el que se ejecutaría el contrato. La tesis se expuso en los siguientes términos:

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 MiPymes 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 “MiPymes 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 MiPymes tiene su “domicilio”, y no en donde tiene sucursales[[1]](#footnote-1)*. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, la postura sostenida por esta Agencia en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no contemplaba la posibilidad de que una MiPymes domiciliada en un departamento o municipio diferentes al lugar de ejecución del contrato, en atención al cual se realiza la limitación territorial, participara en un proceso de selección por el hecho de tener una sucursal o un establecimiento de comercio en este, puesto que lo relevante es el domicilio de la MiPymes.

Ahora bien, el texto del actual artículo 2.2.1.2.4.2.3, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, no cambia la tesis adoptada en conceptos anteriores de Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en la medida en que, respecto al domicilio de las MiPymes en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no tuvo cambios. Así se desprende del texto de la norma que es del siguiente tenor:

ARTÍCULO  5. Modificación 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. Modifíquense 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, los cuales quedarán así:

[…]

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a MiPymes colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada MiPymes deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo.

La norma reglamentaria coincide con la redacción del parágrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, “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”. En tales términos, la norma citada solo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a MiPymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.

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 MiPymes nacional. Además, las normas de contratación permiten que las MiPymes nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”.

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

Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, la entidad estatal, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden ─sin estar obligadas─ decidir si limitan la convocatoria a las MiPymes colombianas domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato. Esto de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 1860 de 2021, norma que se refiere a la facultad de la administración con el verbo infinitivo “poder”, no “deber”.

Colombia Compra Eficiente ha sostenido que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria a MiPymes es discrecional, y ha precisado que, de todos modos, esta debe justificarse con fundamento 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 2019, se explicó 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 participar en una convocatoria limitada territorialmente. Esta tesis sigue vigente, puesto que el nuevo contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, mantiene la facultad de la Administración para limitar territorialmente la convocatoria teniendo en cuenta el domicilio de ejecución del contrato, lo cual es congruente como el verbo “podrán” del parágrafo primero del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento.

En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a MiPymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del 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 es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las MiPymes colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”[[2]](#footnote-2). 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.

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 para 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.

Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015, resulta posible que una persona natural acredite su condición de Mipyme y participe en el proceso de selección limitado para estas empresas. Sin embargo, en consideración a que el trámite de cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, el cual se encuentra regulado en el artículo 165 del Código de Comercio y el numeral 1.3.7.1. de la Circular Externa 100-000002 de abril 25 de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, exige ciertos requisitos, y aquellos se cumplen por parte del interesado, será la entidad contratante la llamada a verificar de manera objetiva si la limitación territorial resultaría contraria al propósito de la norma, según la cual se pretende la promoción de las economías y la industria local, y más bien determine que la limitación territorial derive a prácticas restrictivas de la competencia, en observancia de los principios de igualdad y selección objetiva, tendrá que abstenerse de hacer la limitación territorial.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a MiPymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla[[3]](#footnote-3). Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En todo caso, situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a MiPymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica.

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 2069 de 2020, artículo 34 * Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 * Decreto 1860 de 2021, artículo 5 * Código de Comercio, artículo 165 * Circular Externa 100-000002 de abril 25 de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, numeral 1.3.7.1. * Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente:   Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020 y Concepto C-089 del 28 de abril de 2023   * BLANQUER, David. Derecho administrativo: el fin, los medios y el control. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 191 |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente, en los conceptos 216130003241 el 30 de junio de 2016, 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020, C-700 de 1 de diciembre de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-438 del 27 de septiembre de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021, C-001 del 17 de febrero de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-293 del 12 de mayo de 2022, C-340 del 26 de mayo de 2022, C-395 del 17 de junio de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-206 del 20 de junio de 2023 y C-207 del 20 de junio de 2023, se pronunció sobre las convocatorias limitadas. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>

También le invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la odalidad de selección de mínima cuantía , los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244551705873%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=cyQ7xR9K7bpbeICUhmOYSIWRL%2BWLAHN8bOjZ2NaPqPk%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Enrique Caballero Lesmes  Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Ximena Ríos López  Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020. Radicado de salida No. 2202013000001974. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, de acuerdo con el Concepto C-089 del 28 de abril de 2023, la Agencia estima que “el debido ejercicio de la referida potestad discrecional exige que converjan unos mínimos presupuestos de adecuación, para que resulte adecuada la decisión de limitar una convocatoria a la participación exclusiva de MiPymes. Es por esto por lo que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria solo puede resultar razonable si la información recolectada en el marco del análisis del sector indica que en el lugar de ejecución del contrato existe un número significativo de MiPymes allí domiciliadas, cuyo objeto social les permitiría desarrollar el contrato o que estén interesadas en participar en el respectivo proceso de contratación. Adicionalmente, se torna relevante determinar que tantas de esas MiPymes tendrían la posibilidad de participar en el respectivo proceso de contratación en consideración en atención a las aptitudes e idoneidad requerida. De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de MiPymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.

   En atención a lo anterior, situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a MiPymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica”. [↑](#footnote-ref-2)
3. La doctrina explica que “[…] la discrecionalidad hace referencia a una decisión o disposición administrativa adoptada dentro un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico (es decir, hay varias soluciones válidas en Derecho, entre las que la administración puede elegir libremente, aunque justificando su decisión). Cualquiera de las soluciones adoptadas dentro del ámbito de legítima discrecionalidad son igualmente admisibles en Derecho, y todas ellas tienen el mismo valor jurídico. Siempre que no desborde el ámbito de discrecionalidad, la Administración puede decidir utilizando criterios de conveniencia u oportunidad (por lo que la discrecionalidad es la puerta de entrada en la pirámide del ordenamiento de consideraciones de política administrativa o de carácter metajurídico)” (BLANQUER, David. Derecho administrativo: el fin, los medios y el control. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 191). [↑](#footnote-ref-3)