Bogotá D.C., 31 Octubre 2023

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20231031011914
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 31/10/2023 15:45:17

Señor
Wilman Guillermo Sosa Orjuela
Soacha, Cundinamarca

Concepto C-279 de 2023

Temas: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Artículo 34 / 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 / EXISTENCIA DE MECANISMOS JUDICIALES ORDINARIOS PARA ATENDER SOLICITUD

Radicación: Respuesta a consulta P20230920015313

Estimado señor Sosa:

En virtud de la competencia conferida 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 a su consulta del 25 de agosto de 2023, remitida por la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Nacional de Planeación a través de oficio con radicado No. 20233200602361 del 20 de septiembre del año en curso.

1. Problema planteado

En el respectivo escrito, en relación con el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1860 de 2021, referido a las convocatorias limitadas a Mipymes que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato, usted solicita su derogatoria por estimar que su realización supone "(…) una potestad absoluta y discrecional al administrador para decidir arbitrariamente cuáles procesos de selección son susceptibles de limitación territorial y cuáles no (…)", con lo cual, dicho sea de paso, se contraviene lo dispuesto tanto en el literal b) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 como en el parágrafo del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias previstas 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 relacionadas en los artículos citados. 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 este 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 intervenga 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]. 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/o disciplinarias, según corresponda.

Bajo este entendido, la Subdirección -dentro del límite de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier caso particular que pueda llegar a proponer el peticionario- resolverá la presente consulta de acuerdo con el alcance general de las normas en materia de contratación estatal. Con tal propósito, analizará los siguientes temas: *(i)* vigencia, objeto y finalidad de la Ley 2069 de 2020, así como *(ii)* las convocatorias limitadas a Mipymes en el ámbito territorial, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1860 de 2021, cuerpo normativo objeto de reparo por parte del peticionario.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- se ha referido previamente a la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación

[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 pública del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el objetivo de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3º *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de la entidad. Concretamente, el numeral 5º del citado artículo establece que le corresponde a esta entidad: *"[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública"*. A su turno, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* indica que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: *"[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general"*.

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 y C-455 del 31 de agosto de 2021. De igual forma, en relación con las limitaciones territoriales de convocatorias a Mipyme, se pronunció en los conceptos C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-438 del 27 de septiembre de 2021, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-460 del 18 de julio de 2022, C-523 del 16 de agosto de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, C-585 del 19 de septiembre de 2022, C-587 del 21 de septiembre de 2022, C-597 del 9 de septiembre de 2022, C-627 del 12 de septiembre de 2022, C-643 del 10 de octubre de 2022, C-662 del 13 de octubre de 2022, C-699 del 25 de octubre de 2022, C-744 del 08 de noviembre de 2022, C-758 del 10 de noviembre de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-165 del 2 de junio de 2023, C-269 del 12 de julio de 2023, C-295 del 24 de julio de 2023, C-302 del 14 de septiembre de 2023, C-366 del 8 de septiembre de 2023 y C-436 del 24 de octubre de 2023[2]. Las tesis y argumentos en ellos expuestos se reiteran, precisan y complementan a continuación.

2.1. Vigencia, objeto y finalidad de la Ley 2069 de 2020

El 31 de diciembre de 2020 se expidió la Ley 2069 “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con su artículo 84, “[l]a presente Ley rige a partir del momento de su promulgación (…)”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios a partir de esa fecha.

En cuanto su contenido, el artículo 1 de la citada preceptiva señala que “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”. Lo anterior, a partir de un “(…) enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”.

Pues bien, en tal contexto, la Ley 2069 de 2020 consagra medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas -Mipymes-, a través de la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[3], así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[4]

[2] Estos conceptos pueden consultarse en: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#

[3] Artículos 2 al 29.

[4] Artículos 30 al 36.

. También se establecen mecanismos de acceso al financiamiento[5], se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[6] y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[7].

Concretamente, en el Capítulo II -artículos 30 al 36-, se establecen normas dirigidas de forma especial a regular las mipymes en el sistema de compras públicas. En su orden, dichos artículos disponen: *(i)* reglas sobre la participación de las Mipymes en el procedimiento de mínima cuantía; *(ii)* criterios diferenciales para Mipymes en el sistema de compras públicas; *(iii)* criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas; *(iv)* promoción del acceso de las Mipymes al mercado de compras públicas; *(v)* promoción del desarrollo en la contratación pública; *(vi)* un nuevo régimen de factores de desempate; y *(vi)* un llamado a las Entidades Estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

En términos generales, el propósito que llevó a la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020 no fue otro que el de guardar plena correspondencia con la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, toda vez que en ella se impuso como prioridad impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En este sentido, su objetivo principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, por lo que uno de sus propósitos es justamente propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de tales iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad, lo que, a su turno, también está avalado por la “Política de formalización empresarial” contenida en el Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019.

De ahí que la norma objeto de análisis impulse medidas con el fin de: *(i)* reducir cargas y trámites para los emprendedores del país; *(ii)* facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública; *(iii)* estimular el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación; *(iv)* focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional; *(v)* facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana; y *(vi)* otorgar beneficios para emprendedores,

[5] Artículos 37 al 45.

[6] Artículos 46 al 73.

[7] Artículos 74 al 83.

aplicando un enfoque diferencial respecto de los miembros de las poblaciones más vulnerables que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas[8].

2.2. Convocatorias limitadas a mipymes en el ámbito territorial conforme al Decreto 1860 de 2021: Presupuestos mínimos para el adecuado ejercicio de la potestad discrecional

Según lo ha reiterado esta Agencia en múltiples conceptos sobre la materia, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. En particular, la citada disposición modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[9], 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

[8] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.

[9] En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: "Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

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

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

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

Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen"

contratación, no sin antes agregar que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

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

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

(iv) Instituye que, en el reglamento, el Gobierno Nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las Mipymes, sin contrariar los compromisos internacionales vigentes.

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

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

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

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

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[10].

Aclarado lo anterior, conviene cuestionarse sobre 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 reforzado 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, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Estas modificaciones entraron a regir el 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de la nueva norma reglamentaria sometió la vigencia de los cambios al transcurso del periodo de tres (3) meses siguientes a la expedición del decreto.

Por otra parte, en cuanto a lo dispuesto por el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015[11], que 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 nueva Subsección 2 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)*

[10] Sentencia C-502 de 2012 de la Corte Constitucional.

[11] Dicho artículo indica que "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".

2.2.1.2.4.2.4. que regula la acreditación de requisitos para participar en convocatorias limitadas.

De este modo, interesa dejar en claro 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. En este sentido, las disposiciones anteriores constituyen la nueva regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme.

Precisado lo anterior, y por interesar a la presente consulta, habrá de efectuarse el correspondiente análisis de los requisitos para limitar la convocatoria de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas, así como la acreditación de los requisitos para participar en dichas convocatorias tratándose de persona natural y persona jurídica conforme las modificaciones introducidas por el Decreto 1860 de 2021.

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 Mipyme 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 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 a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurran los siguientes requisitos:
>
> 1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
>
> 2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo

objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

Parágrafo. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo".

Según se evidencia, el numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales en los que se puede hacer esa convocatoria limitada a Mipyme, 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[12]. Por su parte, el numeral segundo establece dos exigencias: por un lado, 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 del proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. De igual forma, 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 Mipyme, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

De esta manera, en todos los procesos de contratación, independientemente de la modalidad de selección, las Entidades Estatales, cualquiera que sea su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deberán limitar las convocatorias con pluralidad de oferentes a Mipymes colombianas, una vez concurran todos los requisitos señalados anteriormente y siempre que cuenten con mínimo un (1) año de existencia.

Así las cosas, es claro que el término de un (1) año que exige la norma se predica respecto del tiempo mínimo de constitución que debe tener la Mipyme interesada en participar del proceso limitado.

De otra parte, sobre las limitaciones territoriales para convocatorias de Mipymes a la luz del antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia -en los conceptos del 29 de enero de 2018 (radicado No. 4201714000006924), C-045 del 17 de

[12] 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.

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- venía sosteniendo que, para que se permitiera la participación de una Mipyme 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 «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"*[13]. (Énfasis fuera de texto)

Como se puede apreciar, la anterior postura, mantenida en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, no contemplaba la posibilidad de que una Mipyme 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 en este, puesto que lo relevante es el domicilio de la Mipyme.

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 varía la tesis adoptada en los conceptos citados anteriormente de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- emitidos de

[13] Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020. Radicado de salida No. 2202013000001974.

manera previa a la expedición de este reglamento. Esto, comoquiera que, respecto del domicilio de las Mipymes en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no sufrió ningún tipo de alteración o modificación. Así se desprende del texto de la nueva 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 Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo".

La norma reglamentaria coincide con la redacción del parágrafo 1º del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual sí es posible limitar convocatorias a la participación de Mipymes "(…) del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato". En tales términos, la norma citada sólo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a Mipymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.

Ello significa que 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 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", siempre que el proceso de contratación efectivamente se limite a Mipymes domiciliadas en determinado ámbito territorial, de conformidad con las reglas establecidas en el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021.

Ahora bien, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 se refiere a las "mipyme colombianas que tengan *domicilio* en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato". Esta precisión es importante, pues el incentivo previsto en la norma únicamente aplica en el lugar de ejecución del contrato en el que la Mipyme tiene su "domicilio" y no en donde tiene sucursales, agencias o establecimientos de comercio.

Para explicar las implicaciones del artículo, en primer lugar, debe analizarse el alcance del término "domicilio" que, para el caso de las sociedades, se constituye en uno de los atributos de su personalidad que, con arreglo al ordenamiento jurídico colombiano, son aquellas propiedades o características de identidad propias de las personas, sean naturales o jurídicas, como titulares de derecho. En esta línea, este término es definido por el Código Civil en el artículo 76[14], el cual lo concibe como la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, lo que para el caso de las sociedades se interpreta como el sitio donde éstas tienen el asiento principal de sus negocios.

En segundo lugar, 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". A renglón seguido, el artículo 264 señala que son agencias de una sociedad "sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla".

Nótese que la norma se refiere a los conceptos de "sucursal", "agencia" y "domicilio" de forma diferente, de lo que se deriva que las sociedades comerciales tienen un domicilio y pueden tener una o varias sucursales que son establecimientos de comercio, esto es, bienes mercantiles pertenecientes a la sociedad. En ese mismo sentido, los artículos 110 y 111 *ibidem* se refieren a los conceptos de "sucursal" y "domicilio" 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 esta medida, 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. *ibidem* a las entidades que tienen "sucursales" y "agencias" en el municipio o departamento en donde se va a ejecutar el contrato estatal.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que la limitación territorial regulada en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 será aplicada para aquellas Mipymes que tengan su domicilio principal en el municipio o departamento respectivo. Por tanto, este artículo no aplicaría frente a la ubicación de las sucursales y agencias de las Mipymes. De este modo, la participación de los diferentes procesos de contratación cuando está limitada territorialmente está condicionada al domicilio principal de la Mipyme respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar "a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato", aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del

[14] Artículo 76. "Domicilio. El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella".

Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu propio* proceder con la "limitación territorial" de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015. Ello, 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.

3. Respuesta

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías, pronunciarse sobre asuntos particulares, ni mucho menos para declarar la conformidad o no de una específica disposición normativa con la Constitución Política y la Ley.

Sin embargo, en línea con las precisiones normativas previamente realizadas, conviene señalar que el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, reglamentó los requisitos para realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales que, por lo menos, tengan un (1) año de existencia. El primer requisito fija un tope cuantitativo de los procesos contractuales que son susceptibles de limitarse a Mipyme, 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 aclarar, es establecida de acuerdo con la tasa que, para el efecto, determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El segundo requisito exige que al menos dos (2) Mipyme colombianas presenten a la Entidad Estatal la solicitud de limitar el proceso contractual. Y, el tercer requisito, establece que se haga la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de contratación. Además, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipymes cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el Proceso Contractual.

Ahora bien, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, es posible limitar convocatorias a la participación de Mipymes "(…) del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato". Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, se refiere a las "mipyme colombianas que tengan *domicilio* en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato". Esta precisión es importante, pues el incentivo previsto en la norma únicamente aplica en el lugar de ejecución del contratado en el que la Mipyme tiene su "domicilio" y no en donde tiene sucursales, agencias o establecimientos de comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión de limitar "a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato", aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipymes, no puede *motu 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.

De igual forma, resulta pertinente aclarar, con arreglo a lo expuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.2., que para que proceda tal limitación, el proceso de contratación debe ser "menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América"; que al menos dos (2) Mipymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual; y que dicha solicitud se haga por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del Proceso de Contratación. Además, la norma señala que, una vez concurran todos los requisitos señalados anteriormente y siempre que cuenten con mínimo un (1) año de existencia. Así las cosas, es claro que el término de un (1) año que exige la norma se predica respecto del tiempo mínimo de constitución que debe tener la Mipyme interesada en participar en el Proceso de Contratación, no obstante, dicho término de no se exige respecto del tiempo en que el domicilio de la Mipyme se encuentra en un determinado lugar.

Pues bien, si una vez verificados estos requisitos, la entidad realiza la convocatoria frente a mipymes domiciliadas en un determinado municipio o departamento del país en el que se ejecutará el contrato, bajo su facultad discrecional de limitar territorialmente la respectiva convocatoria -justificada en estudios del sector-, y solo se presenta una de las mipymes interesadas a la fase o etapa de recepción de ofertas, ello no es razón suficiente que sea susceptible de afectar la validez o eficacia de la decisión administrativa de "limitación territorial" o que impida la normal proyección de la manifestación de voluntad de la administración en el ordenamiento jurídico. Ello, por cuanto, como quedó explicado en el presente concepto, la procedencia de dicha determinación solo es posible bajo el cumplimiento no solo de los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. sobre el valor del proceso de contratación y las solicitudes por lo menos de dos mipymes presentadas de forma oportuna, sino también de la observancia de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.3., que hace referencia a que las mipymes colombianas tengan *domicilio* en el departamento o municipio en donde se va a ejecutar el contrato (adecuación de los presupuestos mínimos exigidos). De ahí que el respectivo acto administrativo deba tenerse como válido al haber sido expedido con la concurrencia de las condiciones requeridas en las normas legales que le son aplicables.

Por último, es del caso puntualizar que las mipymes no están habilitadas propiamente para solicitar la "limitación territorial", sino para pedir "la convocatoria limitada a mipymes", para lo cual la entidad queda habilitada para decidir si eventualmente limita o no la convocatoria de que se trate "a Mipymes 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.

En este punto, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, como la hecho en otros conceptos en que ha abordado consultas similares, recomienda que las entidades establezcan de forma previa 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 manera como procedería la entidad si decide optar por limitar territorialmente la convocatoria en que se cumplan los presupuestos para ser limitada a Mipymes, por ejemplo, en relación con cuál o cuáles municipios o departamentos harían parte de la limitación territorial de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

Lo anterior, sin perjuicio de recalcar que no es el derecho fundamental de petición la herramienta idónea con que cuenta el peticionario para suscitar en el caso concreto un control de validez que lleve eventualmente a anular los efectos que, por vicios de ilegalidad, considera fueron producidos con la expedición del Decreto 1860 de 2021, el cual, hoy en día, goza de presunción de legalidad.

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,

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Diego Andrés Zambrano Pérez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual