Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado N°: 202141350100016481
No. Caso: 124247
Fecha: 22-04-2021 14:52:59
TRD: 4135.030.22.2.1144.001648
Rad. Padre:

CIRCULAR No. 4135.030.22.2.1144.001648

Para: NHORA YHANET MONDRAGON ORTIZ
DIRECTOR DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
CONTRATACION PUBLICA

Asunto: Pérdida de la fuerza ejecutoria 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. del Decreto 1082 de 2015 – Convocatorias limitadas a mipymes- con la expedición de la Ley 2069 de 2020.

El Departamento Administrativo de Contratación Pública – DACP-, en cumplimiento de sus funciones establecidas en el Decreto Extraordinario No 411.0.20.0516 de 2016, es el organismo encargado de liderar esfuerzos para que la contratación de la Alcaldía cumpla con los fines esenciales del Estado en el marco de la Ley. En ese sentido, se permite informar a los equipos de contratación, las modificaciones introducidas al sistema de compra pública con ocasión de la expedición de la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020 “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos del Régimen de la Contratación Estatal en Colombia. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III, artículos 30 al 36. El cuerpo normativo en mención, en su orden dispone: 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 por último vi) un llamado a

las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

En el presente documento, tal como se enuncia en el asunto, solo se analizará el contenido del artículo 34 de la referida Ley, de cara a la interpretación y alcance que se le ha dado a dicha norma en múltiples pronunciamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – ANCP-CCE-.,

Regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Eficacia y alcance de la potestad reglamentaria

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual se denominó: "Promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas", trae consigo una nueva regulación en cuanto a la limitación de las convocatorias a mipymes en los procesos de selección de contratistas, y con su entrada en vigencia, concretamente modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[1], prescribiendo lo que a continuación se resume:

[1] "ARTÍCULO 34. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 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 éstas 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 en 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

i. En primer lugar, determina 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. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.
ii. Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que los sujetos antes mencionados efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación.

---

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 41 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen."

iii. 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.

iv. 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.

v. 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.

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

vii. Señala que el reglamento que expida el gobierno nacional, además de 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.

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

ix. Por último, hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –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.

Una vez explicadas las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y habiendo aclarado que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene exponer el alcance y la interpretación que la ANCP- CCE ha efectuado al respecto.

El día 9 de febrero de 2021, mediante el Concepto identificado como C-043, la subdirección de Gestión Contractual profirió respuesta a una consulta, señalando que con ocasión de la promulgación de la Ley 2069 de 2020, los artículos del Decreto reglamentario 1082 de 2015 que regulaban la materia (2.2.1.2.4.2.2. y s.s.), perdieron su vigencia. Lo anterior, fue justificado por la Agencia, bajo la figura de "pérdida de fuerza ejecutoria", de conformidad con lo establecido en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que los actos administrativos dejan de ser obligatorios o decaen "Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho"

Considera la Agencia, que las diferencias evidenciadas en las normas antes citadas "son suficientes para mostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual está «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Entonces, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado."

Posteriormente, el día 23 de febrero de 2021, en documento del mismo tipo, identificado como C-087 de 2021, la ANCP- CCE reiteró su postura y complemento lo siguiente: "puede afirmarse que 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, el cual ha sido explicado por la Corte Constitucional en los siguientes términos: La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga".

Aunado a lo anterior, la ANCP- CCE, en el escrito del 9 de febrero advierte que "no es válido aducir que los apartados normativos del artículo del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el gobierno nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad."

Así las cosas, y debido a los efectos jurídicos de la entrada en vigencia del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el Departamento Administrativo de Contratación Pública, informa a los organismos, que hasta tanto el gobierno nacional no expida la reglamentación relacionada con el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, NO podrán ser limitadas las convocatorias a Mipymes en los procesos de contratación.

Se recomienda a los secretarios, Directores y Jefes de unidad hacer extensiva la presente circular a los gestores de compra y equipos de contratación con el fin de que apliquen este lineamiento en la gestión de los procesos de contratación.

Los interesados podrán consultar los conceptos emitidos por ANCP-CCE en los siguientes links:
http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-087%20de%202021 y
http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-043%20del%202021.

Atentamente,

NHORA YHANET MONDRAGON ORTIZ
DIRECTOR DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACION PUBLICA

Anexo:
Copia:
Proyectó: Jordanni Orejuela - PRESTADOR DE SERVICIOS
Elaboró: Jordanni Orejuela - PRESTADOR DE SERVICIOS
Revisó: Osiris Johana Gaviria Naranjo - PRESTADOR DE SERVICIOS, JUAN MANUEL DUQUE ZÚÑIGA - PRESTADOR DE SERVICIOS, PAOLA ANDREA RIVEROS RENGIFO - SUBDIRECTOR DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
Radicados: