

Compartido por:



CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., 21 de abril de 2022

Señor

Hernán Roberto Guarín Valderrama

Bogotá D.C.

Concepto C – 213 de 2022

Temas: LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad / LEY 2069 DE 2020 – Reglamentación previa / FIJACIÓN DE CRITERIOS DIFERENCIALES – Límites / LIMITACIÓN DE CONVOCATORIAS A MIPYMES – Requisitos

Radicación: Respuesta a consulta P20220307002210

Estimado señor Guarín:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 13 de diciembre de 2021.

1. Problema planteado

Usted solicita a la Agencia resolver los siguientes interrogantes, los cuales guardan relación con las reformas introducidas por la Ley 2069 del 2020 y su reglamentación, contenida en el Decreto 1860 del 2021:

Página 1 de 28



Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

«[...] PRIMERA INQUIETUD ¿Cómo se controlará el derecho que tienen las Entidades Estatales para establecer criterios diferenciales sin soslayar el principio de igualdad, pilar de la contratación pública?

SEGUNDA INQUIETUD

¿Cómo evitar que las Entidades Estatales sustenten una presunta conducta de corrupción (Acuerdos Entidad – Oferente, con el fin de favorecer y direccionar los procesos), justificados en el artículo 2.2.1.2.4.2.18?

TERCERA INQUIETUD ¿Cómo evitar que las convocatorias sean limitadas para favorecer a un oferente, si se han cumplido los parámetros para que la limitación se lleve a cabo?

CUARTA INQUIETUD ¿Cómo asegurar en una convocatoria, que aquellas compañías que solicitan limitar la participación a Mipyme presuntamente porque se encuentran interesadas, participen del proceso y que la limitación no sea el resultado de una estrategia colusoria? Me explico: En muchos casos se presentan a un proceso licitatorio dos o más empresas que de antemano se sabe que no pueden participar debido a que no cumplen con el lleno de requisitos, pero se presentan únicamente para solicitar la limitación a Mipyme. La entidad acoge la solicitud, pero las compañías que hicieron la solicitud, **NO CONTINUAN EN EL PROCESO**. Lo hacen como si le estuvieran haciendo un mandado a otra compañía. ¿Es esta una conducta sancionable? ¿Puede la entidad acoger este tipo de solicitud, sabiendo de antemano que los solicitantes no cumplen con los mínimos requisitos para ser un eventual adjudicatario del proceso licitatorio?

QUINTA INQUIETUD ¿Las Entidades Estatales que realizan las convocatorias previamente a declarar una limitación, estarían en la obligación de comprobar que aquellas compañías que solicitaron tal limitación estén en la capacidad de cumplir todos y cada uno de los requisitos habilitantes de la convocatoria para evitar declaratorias de proceso desierto?, ¿Bajo qué normatividad se fundamenta esto?

SEXTA INQUIETUD ¿Podría una Entidad revertir una limitación a Mipyme?, ¿Cuál podría ser la justificación?

SÉPTIMA INQUIETUD ¿Una sucursal de compañía extranjera, en donde en el certificado de existencia y representación legal se encuentra clasificada como Mipyme, pero en el Registro Único de Proponentes se clasificó como gran empresa, podría considerarse habilitada para participar en convocatorias limitadas? ¿Qué prevalece? ¿La clasificación en el certificado de cámara de comercio o la clasificación en el RUP?

OCTAVA INQUIETUD ¿Cuándo en un proceso licitatorio donde se presenta un proponente plural (consorcio o unión temporal) conformado por una empresa



Mipyme y la otra no Mipyme, donde la no Mipyme tiene la mayor participación, podría el consorcio o unión temporal considerarse habilitada para participar en convocatorias limitadas a Mipyme?»

2. Consideraciones

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 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 citados¹.

Por ello, esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones²– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) vigencia, objeto y finalidad de la Ley de Emprendimiento, ii) intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas; iii) límites para la fijación de los criterios diferenciales definidos en el reglamento en favor de mipymes y iv) condiciones para limitar convocatorias a mipymes.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020, C-551 del 24 de septiembre de 2020 y C-542 de 20 de octubre de 2021 explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Esta 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.

² Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 Decreto Ley 4170 de 2011 señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». 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.

rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

Igualmente, en los conceptos 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-496 del 14 de septiembre de 2021 y C-573 de 13 de octubre de 2021, se analizó el alcance del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, concluyendo que goza de eficacia directa. Estas mismas temáticas se abordaron en el concepto C-673 del 5 de enero de 2022, en el cual, además, se resaltó que algunos de los artículos de la Ley 2069 de 2020 requieren del reglamento para su aplicación. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada.

2.1. Vigencia, objeto y finalidad de la Ley 2069 de 2020: impacto sobre la contratación estatal

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de esta Ley, su vigencia comenzó desde el momento en que fue promulgada, motivo por el cual es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

Conforme con lo previsto en su artículo 1, esta norma se expidió con el fin de «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», para lo cual se deberá tener en cuenta «[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región».

En ese contexto, la Ley 2069 del 2020 consagra medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas³, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁴. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁵, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial,

³ Artículos 2 al 29.

⁴ Artículos 30 al 36.

⁵ Artículos 37 al 45.



para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁶ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁷.

Sobre su propósito y el contexto que motivó su expedición, esta Agencia expuso lo siguiente en el concepto C-673 del 5 de enero del 2022 que a Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019⁸.

Por ello, la ley impulsa medidas para: i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar 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, así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial

⁶ Artículos 46 al 73.

⁷ Artículos 74 al 83.

⁸ Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).

respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas⁹.

Además, como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: 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.

2.2. Intervención del reglamento para la efectividad de la Ley 2069 de 2020 en el sistema de compras públicas

La necesidad de contar con un reglamento para la eficacia de las disposiciones contenidas en la Ley 2069 de 2020 se predica solo de algunos de sus artículos. Es decir, la exigencia de reglamentación como condición de eficacia de su articulado es diversa, pues no todos sus enunciados normativos requieren la intervención reglamentaria.

En el caso de las disposiciones que modifican algunos aspectos de la contratación estatal, como aquellas que dan lugar a la consulta que se absuelve en este caso, la Ley 2069 exige su reglamentación por parte del Gobierno Nacional. Así, se aprecia en el texto de los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020 en los que se dispone que el gobierno nacional reglamentará: i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

En efecto, estas disposiciones contienen un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional¹⁰. Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en una

⁹ 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.

¹⁰ No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[...] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de

fuerza de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de sus mandatos. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una laguna técnica, la cual se produce «[...] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que [...] la concreten» (Corchetes fuera de texto)¹¹. En relación con este aspecto, resultan pertinentes las consideraciones que esta Agencia presentó en el concepto C-673 del 2022:

«Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el párrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección: la selección abreviada; pero esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: la expedición del reglamento. Sobre este asunto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

[...] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el

un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo»* (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto).

¹¹ GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[...] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.» (*Ibidem*).



concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)¹².

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para su cumplimiento. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

En tal sentido, el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido los artículos 31, 32, 34 y 36 de la Ley 2069 de 2020. Por ello, en ausencia de desarrollo normativo posterior existe una laguna técnica que impide aplicar estas disposiciones. En este caso, la necesidad de la reglamentación previa también deriva de los antecedentes legislativos. En lo pertinente, el texto inicial de los artículos 15 y 17 del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 disponía que la necesidad del reglamento en lo relacionado con i) los criterios diferenciales para mipymes y ii) las convocatorias limitadas a mipymes, así como el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección¹³».

En el contexto de los parámetros antes referidos se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, en virtud del cual se modificó el Decreto 1082 del 2015, con el objeto de reglamentar las disposiciones previstas en la Ley 2069 del 2020. Sus modificaciones, de acuerdo con su artículo 8, solo empezaron a regir para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, esto es, desde el 24 de marzo de 2022 y el alcance de sus disposiciones es el que se tendrá en cuenta en este caso para absolver la consulta formulada.

2.3. Límites para la fijación de criterios diferenciales en favor de las Mipymes

En cumplimiento de los mandatos impartidos en la Ley 2069 del 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 del 2021, en el cual se introdujeron varias modificaciones al Decreto 1082 del 2015, con el fin de reglamentar, entre otros aspectos, los criterios diferenciales

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ 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. pp. 3-4.



para Mipymes y las convocatorias limitadas a este tipo de empresas. En las consideraciones del reglamento se hizo constar lo siguiente:

«Que para el debido cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, se requiere modificar el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de las normas anteriormente citadas para la efectiva aplicación de la Ley de Emprendimiento en el sistema de compras y contratación pública.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, pacto por la equidad", se solicitó concepto previo sobre abogacía de la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que mediante oficio con radicado No. 21-437430-3-0 del 17 de noviembre de 2021, se pronunció sobre el proyecto de reglamentación realizando algunas recomendaciones.

Que se acogieron gran parte de las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, como se hace explícito en la memoria justificativa, donde se analizó cada una de ellas. No obstante, solo se acogió parcialmente la observación de establecer criterios objetivos para regular la limitación de los Procesos de Contratación pública a las Mipyme, en el entendido de adicionar a los requisitos la validación de la capacidad jurídica para ejecutar el contrato tratándose de personas jurídicas, **pues los demás aspectos solo pueden verificarse en la evaluación de las ofertas**. Adicionalmente, no se acogió la sugerencia de eliminar la expresión "condiciones más exigentes" de los artículos 2.2.1.2.4.2.15 y 2.2.1.2.4.2.18 del presente Decreto, teniendo en cuenta que ello **materializa el mandato de trato diferencial consagrado en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020**». (Negritas fuera de texto).

De modo que, desde su motivación, el decreto reglamentario resalta la finalidad con la cual fue expedida la Ley 2069 del 2020 a la que le es inherente la necesidad de fijar criterios diferenciales en favor de los proponentes que se encuentren en las especiales condiciones definidas en la misma, pues solo de esa manera se garantiza la igualdad material¹⁴.

Ahora bien, dado que la consulta alude a distintas inquietudes relacionadas con la aplicación de los criterios diferenciales, resulta pertinente tener en cuenta el tenor literal de

¹⁴ Sobre el derecho a la igualdad y el concepto de igualdad material, pueden verse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C 115 del 2017 y C-050 del 2021, cuyo magistrado ponente es Alejandro Linares Cantillo.



las normas reglamentarias, con el fin de identificar los límites definidos en las mismas, para que dichas figuras tengan aplicación objetiva en un caso concreto. Las modificaciones introducidas por el Decreto 1860 del 2021, en relación con los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas, se observan en el siguiente artículo del Decreto 1082 de 2015:

«Artículo 2.2.1.2.4.2.18. Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. **De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector**, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia
2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia
3. Índices de capacidad financiera
4. Índices de capacidad organizacional
5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados **deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato**, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurren al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme.

En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de este artículo, los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de



2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

PARÁGRAFO 2. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes **adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.**¹⁵
(Negrillas fuera de texto)

Según lo previsto en la norma reglamentaria la fijación de criterios diferenciales es un deber cuyo cumplimiento está sometido a lo previsto en el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 del 2000 y a los resultados del análisis del sector, lo que significa que, para acatarlo, las entidades públicas y los particulares descritos en la norma no solo están limitados por el listado de aspectos a los que pueden circunscribirse los criterios diferenciales, sino que, además, deben acatar lo dispuesto en la referida norma y tener en cuenta la información que refleje el estudio del sector que les corresponde realizar para cada uno de sus contratos.

Por lo tanto, la definición de los criterios diferenciales en favor de las Mipymes domiciliadas en Colombia no es un asunto totalmente discrecional, sino que debe soportarse en la información concreta reflejada en el análisis del sector, análisis que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, deberá «identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación».

Sobre el punto conviene recordar que, en los términos del artículo 2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015, para la contratación de los bienes y servicios que requieran, las entidades públicas deben realizar el análisis del sector económico al que pertenecen tales bienes y servicios, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo y que deben dejar constancia de dicho análisis en los documentos del proceso, lo que significa que la información obtenida al estudiar el sector respectivo forma parte de aquella que debe ser objeto de publicidad en el SECOP, como lo exige el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del mismo Decreto.

En relación con la finalidad del análisis del sector y la utilidad práctica de la información que se debe reflejar en el mismo, es pertinente traer a colación lo señalado en la Guía para Elaboración de Estudios del Sector, expedida por esta Agencia:

¹⁵ Artículo adicionado al Decreto 1082 del 2015, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1860 del 2021.



«La función de compras debe estar orientada a satisfacer las necesidades de la Entidad Estatal y a obtener el mayor valor por el dinero público. En consecuencia, la Entidad Estatal debe entender claramente y conocer: (a) cuál es su necesidad y cómo puede satisfacerla; **(b) cómo y quiénes pueden proveer los bienes, obras y servicios que necesita; y (c) el contexto en el cual los posibles proveedores desarrollan su actividad.**

El artículo 15 del Decreto 1510 de 2013¹⁶ establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de Riesgo.

El resultado del análisis debe plasmarse en los estudios y documentos previos del Proceso de Contratación.

La importancia de realizar este análisis ha sido recalcada en las recomendaciones que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) le ha formulado al Gobierno Nacional, las cuales constituyen buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en la contratación pública.

La presente guía busca ayudar a la Entidad Estatal a cumplir este mandato al ofrecer herramientas para entender el mercado del bien, obra o servicio que la Entidad Estatal pretende adquirir para **diseñar el Proceso de Contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del Riesgo**» (Negrillas fuera de texto).

En esas condiciones, es el propio análisis del sector, cuya realización le compete a la entidad contratante, el que permite identificar si en un caso concreto existen Mipymes domiciliadas en Colombia que podrían atender la necesidad que requiere satisfacerse; así como las condiciones y características de las mismas.

Ahora bien, en la Guía citada con anterioridad, esta Agencia explica en detalle el alcance que debe tener el análisis del sector. En particular, en cuanto tiene que ver con el estudio de la oferta, esto es, con la identificación de los proveedores que existen en el mercado, dicha guía describe de la siguiente manera los aspectos mínimos a considerar para llevar a cabo tal estudio, los cuales se citan a continuación para ilustrar la utilidad práctica de la información que el mismo debe contener, en relación con la determinación de los criterios diferenciales a favor de las Mipymes:

¹⁶ Compilado hoy en el artículo 2.2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015.



«B. Estudio de la oferta

1. ¿Quién vende? La Entidad Estatal **debe identificar los proveedores en el mercado** del bien, obra o servicio, **así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero**. Esta identificación permite determinar posibles Riesgos de colusión³ y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos. Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal. Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–⁴; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector.

2. ¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios? La Entidad al determinar los partícipes en la producción, comercialización y distribución de los bienes puede mejorar la eficiencia y la economía de las adquisiciones, disminuyendo en algunos casos el número de intermediarios. La Entidad Estatal debe conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes, obras o servicios, los costos asociados a tales procesos, cuáles son las formas de distribución y entrega de bienes o suministro del servicio. Igualmente, la Entidad Estatal debe entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a la cadena de producción o distribución o suministro del bien, obra o servicio, así como identificar cuál y cómo es el proceso del bien, obra o servicio hasta llegar al usuario final, el papel que juegan los potenciales oferentes en esa cadena y el ciclo de vida del bien, obra o servicio. Por ejemplo, el proveedor que necesita la Entidad Estatal puede ser proveedor de materias primas, fabricante, importador, ensamblador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista, intermediario, transportador, etc.

El análisis debe incluir los precios, su comportamiento histórico y las perspectivas de cambios sobre estos. Algunas variables que pueden incidir en los precios son la variación del IPC⁵, variación de la tasa de cambio y el cambio en los precios de materias primas. La información necesaria para realizar este análisis puede encontrarse en distintas fuentes, tales como las mencionadas en el apartado anterior. Asimismo, la comunicación previa, abierta, directa y reglada con los posibles proveedores es fundamental para contextualizar el análisis del



sector económico y para comprender la información financiera que ofrecen los sistemas de información. Si la información requerida no está disponible en los sistemas de información, los mismos proveedores pueden ser la fuente de estos datos. Colombia Compra Eficiente recomienda a la Entidad Estatal diseñar e implementar escenarios y procedimientos de solicitud de información a los potenciales oferentes⁶. Esta recomendación se orienta a que la Entidad Estatal defina qué información, cuándo, por qué medio y a quién la solicitará. Esta definición debe incluir el procedimiento para hacerlo como formatos de solicitud de cotización o de información que permitan una participación uniforme del mayor número posible de interesados. Es recomendable dejar constancia de las fechas de las reuniones, los asistentes y los temas tratados con proveedores y gremios. La Entidad Estatal no tiene que buscar la información financiera de todos proponentes que ofrecen el bien, obra o servicio. Basta con un subconjunto de estos, es decir una muestra que sea representativa y permita visualizar las características del sector. Colombia Compra Eficiente sugiere analizar la logística asociada al objeto del contrato. Es decir, la coordinación y planeación de diferentes actividades para que un bien, obra o servicio llegue a un usuario final en el tiempo y de forma adecuada. Esto incluye las actividades de las áreas de compras, producción, transporte, almacenamiento, distribución y disposición final».

Como se aprecia en el texto citado, la información sobre los posibles oferentes existentes en un sector determinado es bastante detallada, al punto que, inclusive, como se reconoce expresamente por esta Agencia, puede servir para prevenir y evitar prácticas colusorias.

A ello debe agregarse que los datos consignados en el análisis del sector no se producen por la entidad contratante, sino que se obtiene de fuentes externas, entre las que resaltan la que reportan los gremios del sector respectivo, las cámaras de comercio o inclusive, algunas entidades públicas como la superintendencia de sociedades. Lo anterior resulta relevante porque, al tratarse de fuentes externas, los datos que reflejan no podrán determinarse por intereses particulares de los interesados en el proceso de contratación o de los servidores públicos encargados de llevar a cabo la gestión contractual en un caso determinado. Todo lo contrario, se trata de datos oficiales y ciertos sobre el comportamiento de un sector en particular y las personas que lo integran.

Así las cosas, la información del análisis del sector se constituye en el insumo objetivo con base en el cual se deberá dar cumplimiento al deber consagrado en el artículo 2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 del 2015, en cuanto a la fijación de criterios diferenciales en favor de este tipo de empresas; por consiguiente, para fijar criterios diferenciales las entidades públicas no podrán abstraerse de los datos obtenidos en su análisis del sector, que se hacen constar por escrito y debe ser objeto de publicidad.



A lo anterior, debe agregarse que, en cuanto se refiere al otorgamiento de puntajes adicionales en favor de las Mipymes o a la consagración de exigencias mayores para quienes compiten con éstas, las entidades públicas también encuentran límites definidos en la ley, que deberán respetar para garantizar que el oferente a quien se adjudique el contrato presentó la propuesta más favorable a los intereses de la entidad.

En efecto, el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, define los límites conforme a los cuales se deben estructurar las reglas fijadas en el pliego de condiciones que regirán el respectivo proceso de selección, límites que tienen cabida, inclusive en los procesos de selección en los que se dé aplicación a la Ley 2069 del 2020 y a las normas que las reglamentan. Así mismos, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 define los límites que deberán considerarse para establecer los criterios que darán lugar a la asignación de puntajes; estos también tienen cabida en el contexto de la Ley 2069 del 2020 y sus normas reglamentarias, pues estas últimas exigen expresamente que la aplicación de sus medidas debe asegurar que se respeten las condiciones habilitantes mínimas requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que fue el mismo legislador quien decidió otorgar ciertas condiciones más beneficiosas a las Mipymes, con la finalidad de propiciar su inclusión y participación en el mercado de compras públicas. Además, sin perjuicio de los límites y exigencias a los que se hizo referencia, la ley y el decreto reglamentario otorgan a la entidades estatales cierto margen de discrecionalidad para la definición de los criterios diferenciales en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes con la finalidad de promover y facilitar la participación de las Mipymes, facultad que debe ejercerse en forma razonable y debidamente soportada por parte de las entidades estatales cumpliendo los requisitos y límites establecidos en la ley y, particularmente, en el reglamento que desarrolló su contenido.

2.4. Condiciones del reglamento para limitar las convocatorias a Mipymes

El artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 modificó los artículos 2.2.1.2.4.2.2, 2.2.1.2.4.2.3, 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015, con el fin de ajustar su contenido a las previsiones de la Ley 2069 del 2020, en lo relacionado con la obligación de limitar ciertos procedimientos de selección a Mipymes, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos. En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 del 2015¹⁷ consagra el deber de las entidades

¹⁷ «Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas 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

contratantes de limitar las convocatorias a Mipymes colombianas, en función de dos condiciones: i). El valor del proceso de selección, que debe ser inferior a US\$125.000 – dólares–, liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo-. Y ii) La solicitud de limitar el proceso a Mipymes colombianas, debe ser presentada al menos por dos de estas, a más tardar un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura del respectivo proceso de selección. Respecto de esta condición, también se deberá tener en cuenta que si la Mipyme es una persona jurídica, la solicitud de limitar el proceso solo podrá presentarse por aquellas cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato respectivo.

De acuerdo con lo previsto en esta disposición, la limitación del proceso de selección a proponentes que tengan el tipo empresarial ya referido no constituye una potestad de la entidad pública, sino un deber cuyo carácter obligatorio se concreta una vez verificadas las condiciones referidas.

Ahora bien, como quiera que el cumplimiento de la segunda condición descrita en los párrafos precedentes lleva implícita la obligación de los solicitantes de acreditar la condición de Mipyme, de la que se deriva el deber correlativo de las entidades contratantes de verificar dicha acreditación, resulta pertinente resaltar los límites definidos en las normas reglamentarias en relación con los documentos que permiten su comprobación. Así, el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015 dispone que, para acreditar la condición

los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurren 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».

»El texto citado con anterioridad incluye las modificaciones introducidas por el artículo 5 del Decreto 1861 del 2021».

de Mipyme, este tipo de empresas debe presentar ante la entidad pública respectiva los siguientes documentos¹⁸:

Si la Mipyme es persona natural, su condición se acredita con la presentación de la certificación expedida por el solicitante y por un contador público, en la que se haga constar que tiene ese tamaño empresarial y con la copia de su registro mercantil, cuya fecha de expedición no debe superar los 60 días anteriores a la fecha fijada en el cronograma para el inicio del plazo para solicitar la limitación a la convocatoria.

Si la Mipyme es persona jurídica, su condición se acredita con la presentación de una certificación expedida por su representante legal y su contador o revisor fiscal, si están obligados a tenerlo, adjuntando copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad competente para expedir dicha certificación, cuya fecha de expedición no debe superar los 60 días anteriores a la fecha fijada en el cronograma para el inicio del plazo para solicitar la limitación a la convocatoria.

Alternativamente al registro mercantil o al certificado de existencia y representación legal, la condición de Mipyme podrá acreditarse con el certificado del Registro Único de Proponentes, el cual deberá encontrarse vigente y en firme al momento de su presentación. Su fecha de expedición no debe superar los 60 días anteriores a la fecha fijada en el cronograma para el inicio del plazo para solicitar la limitación a la convocatoria.

De esta manera, las propias normas reglamentarias establecen, con detalle, cuáles son los documentos que permiten demostrar que las empresas que solicitan la limitación del proceso de selección cumplen las condiciones exigidas en el reglamento para acceder a ese beneficio. Antes de limitar el proceso, las entidades deberán validar que se hayan cumplido todos los requisitos referidos y para ello deberán tener en cuenta que el Decreto permite comprobar la condición de Mipyme bien con el certificado de existencia y representación legal o bien con el RUP, documento este último que también podrá sustituir al registro mercantil, en el caso de las personas naturales.

Ahora bien, en la consulta formulada se incluyen varios interrogantes en los cuales se plantean distintas situaciones que podrían presentarse con ocasión del cumplimiento del

¹⁸ Además, sobre la acreditación de la condición de Mipyme será necesario tener en cuenta que conforme al parágrafo del artículo 2.2.1.13.2.4. del Decreto 1074 de 2015, único reglamentario del Sector Industria y Comercio, entre cuyas normas se encuentran las referidas a los criterios que deben tenerse en cuenta para a clasificación del tamaño empresarial, «para la aplicación de los incentivos del sistema de compras y contratación pública, la acreditación del tamaño empresarial se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.4 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo aclaren, modifiquen o adicionen».

deber de limitar la convocatoria en los términos de las normas que se ha analizado. Tales inquietudes aluden a la posibilidad de que la limitación de las convocatorias se use para favorecer a un proponente determinado, o como estrategia colusoria.

En relación con estas inquietudes es pertinente recordar que la información que consta en el análisis del sector es la que pone de presente si en un caso determinado existen o no Mipymes y cuáles son las condiciones que tienen estas empresas. Con base en esta información, además, las entidades públicas contratantes deben proceder a fijar los requisitos habilitantes de un proceso determinado, porque así se lo exige el artículo 2.2.1.1.1.6.2.¹⁹ del Decreto 1082 del 2015, que contiene los criterios con base en los cuales se deben establecer los requisitos habilitantes.

Sobre el punto, resultan particularmente ilustrativas las explicaciones contenidas en el Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes, expedido por esta Agencia, el cual ofrece explicaciones didácticas y claras sobre la forma en que debe procederse para evitar direccionamiento de los procesos de selección:

«La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes del Proceso de Contratación luego de haber adelantado el análisis para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación (ver la Guía para la Elaboración de Estudios de Sector en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf), **que incluye el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde el punto de vista comercial y el análisis de Riesgo** (ver el Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf). Este análisis permite conocer **las particularidades correspondientes a cada sector económico, como el tamaño empresarial de los posibles oferentes, su modelo de negocio y si es posible que se presenten proponentes plurales. Estas particularidades deben ser tenidas en cuenta para evitar direccionar los requisitos habilitantes hacia un tipo de proponente.** La promoción de la competencia es uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública, por lo cual es muy importante tener en cuenta que los requisitos habilitantes no son ni pueden ser una forma de restringir la participación en los Procesos de Contratación. El sistema de compras y contratación pública debe promover la participación de más proponentes y el crecimiento de la industria nacional de

¹⁹ *Determinación de los Requisitos Habilitantes.* La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

bienes y servicios y por eso los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales. Para determinar si los requisitos habilitantes son adecuados y proporcionales, Colombia Compra Eficiente recomienda a la Entidad Estatal hacerse las siguientes preguntas durante la elaboración de los Documentos del Proceso:

¿La experiencia exigida es apropiada considerando el valor y la complejidad del contrato?

¿La capacidad financiera exigida para el Proceso de Contratación es acorde con las condiciones financieras del mercado de los bienes y servicios a los que se refiere el Proceso de Contratación?

¿Los requisitos habilitantes permiten la participación de la mayoría de los actores del mercado que ofrecen los bienes y servicios a los que se refiere el Proceso de Contratación?

¿Quién cumple con los requisitos habilitantes está en posibilidad de cumplir con el objeto del contrato dentro del cronograma y el presupuesto previstos en el Proceso de Contratación?».

De esta manera, conforme se prevé en las normas vigentes y como se aclara por esta Agencia en sus directrices, las limitaciones para el correcto uso de los beneficios en favor de las Mipymes, entre los que se cuenta la limitación de los procesos de selección a este tipo de empresas, se nutre de la información real que refleja el sector económico.

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de limitación del proceso a las Mipymes depende del presupuesto oficial del respectivo proceso de selección, lo que por sí solo evidencia que la limitación parte de un mandato legal, concretado por el reglamento, según el cual los procesos que no superen la cuantía de US\$125.000 –liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo– serán susceptibles de limitarse a Mipymes, mandato que deben atender las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos.

En ese contexto, las entidades estatales deben proceder a limitar la convocatoria a Mipymes cuando se han cumplido los requisitos exigidos en la norma reglamentaria para el efecto. Por ello, no pueden exigir para la efectividad de la limitación requisitos adicionales los fijados en las disposiciones que regulan la materia, pues desconocerían la finalidad de la Ley 2069 del 2020, sus disposiciones reglamentarias y eventualmente el referido principio.

Lo señalado en el párrafo anterior encuentra sustento, además, en el principio de buena fe, de obligada observancia en la contratación de las entidades públicas, tal como se

reconoce de tiempo atrás por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos²⁰:

«(...) La parte final del artículo 83 agrega que la buena fe "se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades". Este ordenamiento de contenido objetivo consagra a través de la norma jurídica una presunción constitucional desvirtuable por prueba fehaciente en contrario; ello quiere decir que la antigua presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del C.C. y cuya aplicación en diversos contextos jurídicos fue motivo de controversia, por mandato constitucional hoy en día tiene aplicación en toda la actividad jurídica que se cumpla en la Nación.

Se trata, entonces, de una presunción de carácter constitucional aplicable a toda la actividad jurídica, aunque con el carácter de simplemente "legal", es decir, que en casos específicos los particulares o el Estado a través de sus agentes y en sus actividades propias puede actuar de mala fe contrariando el principio de la buena fe, lo cual puede ser demostrado ante la autoridad competente.

(...) Ello significa **que, para la ejecución y concertación de actos entre particulares**, pero concretamente en nuestro caso entre estos **y el Estado**, se establecen requisitos, condiciones, o formalidades tendientes a garantizar la efectividad de derechos y el cumplimiento de obligaciones derivados de la actuación estatal y particular. Pero estos condicionamientos establecidos sin un criterio racional pueden llegar a hacer nugatorio el ejercicio de los derechos de los particulares, lo cual de manera clara y precisa lo condena el constituyente, cuando en el artículo 84 de la Carta prescribe:

"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

En este orden de ideas no puede ningún servidor público, motu proprio, y caprichosamente establecer requisitos o condicionamientos distintos de los previstos en la ley para el cabal desarrollo de las actividades de los particulares frente al Estado, menos cuando en la configuración de una relación sólo intervienen como partes el Estado y el particular con lo que se limitaría y entrarían los legítimos derechos de éstos.

3. El principio de la buena fe en materia contractual.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto C-811 de 1996. C.P. Roberto Suárez Franco.



En relación con la celebración de contratos estatales entre los particulares y el Estado, el régimen aplicable, en lo fundamental, está contenido en la Ley 80 de 1993, que es el Estatuto de Contratación Administrativa, el cual en su artículo 23 dispone:

"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

En el artículo 24 del mismo estatuto se desarrolla el principio de transparencia; con él se pretende garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva del contratista aun en los casos de contratación directa.

Para ese propósito, señala el artículo 24 - 5, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.

Prescribe el artículo 29 que el deber de selección objetiva consiste en escoger el ofrecimiento más favorable, para lo cual se tendrá en cuenta la ponderación precisa y detallada de los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo; descartando en todo caso, factores de efecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

(...) Por otra parte, según el principio de igualdad de oportunidades todo ciudadano que esté en capacidad de contratar con la administración debe tener acceso a ella, sin discriminación alguna, pero ello obviamente no se opone a que la demostración de aquellos factores de escogencia de cuya ponderación sea posible deducir el ofrecimiento más favorable, implique un desconocimiento del principio constitucional de la buena fe.

Precisamente por razón de justicia y equidad se debe conceder a los oferentes la oportunidad para que acrediten sus calidades y condiciones, con la finalidad de que la administración pueda escoger la mejor propuesta».



Queda claro, entonces, que en la aplicación de la limitación de un proceso de selección a Mipymes, la entidad contratante debe cumplir los mandatos de la Ley 2069 del 2020 y de sus normas reglamentarias, para lo cual se debe circunscribir a verificar el cumplimiento de los requisitos fijados en éstas, es decir, no puede exigir que se acrediten circunstancias adicionales, como serían las que se refieren a la acreditación anticipada del cumplimiento de los requisitos habilitantes que se exigirán en el futuro proceso de selección.

Ahora bien, aunque la existencia de prácticas indebidas en materia de contratación estatal, como la colusión, es un hecho reconocido internacionalmente, las entidades públicas no pueden presumir, durante todos los procesos contractuales, que este será el patrón de conducta de sus eventuales proponentes.

Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades estatales en desarrollo de su actividad contractual puedan identificar si, en un caso concreto, se presentan conductas particulares que puede sugerir la existencia de conductas colusorias, para lo cual pueden tener en cuenta la Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio. En el evento en que se identifique la existencia de una conducta colusoria es deber de los respectivos funcionarios compulsar copias de la información correspondiente o presentar la respectiva denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio a la que, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, le competente de forma privativa la competencia para adelantar las investigaciones administrativas sobre prácticas restrictivas de la competencia²¹.

3. Respuesta

Dado que son varias las preguntas formuladas en la consulta, a continuación, se responderá cada de una de éstas de forma separada, con fundamento en las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes:

²¹ **«ARTÍCULO 6o. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

»**PARÁGRAFO.** Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio» (Subraya fuera del original).

« [...] PRIMERA INQUIETUD ¿Cómo se controlará el derecho que tienen las Entidades Estatales para establecer criterios diferenciales sin soslayar el principio de igualdad, pilar de la contratación pública? ».

La finalidad de los beneficios que introduce la Ley 2069 del 2020, en favor de empresas como las Mipyme es, precisamente, garantizar la igualdad material durante los procesos de selección que adelanten las entidades públicas, en el sentido de consagrar acciones afirmativas en su favor, que les permitan competir en igualdad de condiciones con otro tipo de proponentes cuyo tamaño e infraestructura es mayor y, por ende, tienen mejores condiciones para competir.

En ese sentido, los criterios diferenciales, de acuerdo con lo establecido por el legislador, constituyen una herramienta para la materialización de una igualdad efectiva en los procesos de selección en las entidades públicas que incentive la participación de las Mipyme y que garantice que podrán competir en una selección objetiva con otro tipo de proponentes.

Las reglas fijadas en los artículos 2.1.1.1.6.1. y 2.2.2.1.2.4.2.18 del Decreto 1082 del 2015 definen los límites conforme a los cuales se deben aplicar los criterios diferenciales, así como las fuentes de información que deben nutrir la decisión de aplicarlos en un caso determinado, entre éstas la que consta en el análisis del sector.

SEGUNDA INQUIETUD «¿Cómo evitar que las Entidades Estatales sustenten una presunta conducta de corrupción (Acuerdos Entidad – Oferente, con el fin de favorecer y direccionar los procesos), justificados en el artículo 2.2.1.2.4.2.18?».

La regulación contenida en la normativa vigente determina los criterios conforme a los cuales deben definirse los requisitos habilitantes que permiten la participación en los procesos de selección que adelantan las entidades públicas para celebrar sus contratos.

Así, el artículo 2.2.1.1.6.2. del Decreto 1082 del 2015 establece que éstos deben considerar la cuantía y complejidad del contrato y que, además, se deben fijar con fundamento en la información reportada en el análisis del sector, la cual, como se dijo proviene de fuentes externas que reflejan la situación de las distintas empresas en un sector determinado, desde el punto de vista jurídico, técnico, financiero y económico.

La aplicación de los criterios diferenciales a los que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.18. del Decreto 1082 del 2015 también debe efectuarse con base en dichos requerimientos, pues para su inclusión, el análisis del sector deberá reflejar la existencia de Mipymes y las condiciones específicas que éstas tienen en un sector determinado, de



manera tal que las condiciones en favor de este tipo de empresas deben realizarse de acuerdo con el análisis del sector.

«TERCERA INQUIETUD ¿Cómo evitar que las convocatorias sean limitadas para favorecer a un oferente, si se han cumplido los parámetros para que la limitación se lleve a cabo?».

En desarrollo de su gestión contractual, las entidades públicas y sus proponentes deben acatar la presunción constitucional de la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política. Por lo anterior, durante sus trámites contractuales aquellas deben aplicar las medidas fijadas en la Ley y en los reglamentos, teniendo en cuenta para ello sus expresas condiciones. Esto significa que no pueden exigir requisitos adicionales a los fijados en éstos, pues ello desconocería el artículo 84 de la Constitución Política y el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, para llevar a cabo el deber de limitar la convocatoria a Mipymes deberán aplicar con rigurosidad los criterios definidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015 y en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 para que esta proceda. Adicionalmente, para definir las reglas de participación de la convocatoria limitada deberán aplicar las reglas definidas en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

«CUARTA INQUIETUD ¿Cómo asegurar en una convocatoria, que aquellas compañías que solicitan limitar la participación a Mipyme presuntamente porque se encuentran interesadas, participen del proceso y que la limitación no sea el resultado de una estrategia?»

Me explico: En muchos casos se presentan a un proceso licitatorio dos o más empresas que de antemano se sabe que no pueden participar debido a que no cumplen con el lleno de requisitos, pero se presentan únicamente para solicitar la limitación a Mipyme.

La entidad acoge la solicitud, colusoria pero las compañías que hicieron la solicitud, **NO CONTINUAN EN EL PROCESO**. Lo hacen como si le estuvieran haciendo un mandado a otra compañía. ¿Es esta una conducta sancionable? ¿Puede la entidad acoger este tipo de solicitud, sabiendo de antemano que los solicitantes no cumplen con los mínimos requisitos para ser un eventual adjudicatario del proceso licitatorio? ».

Las entidades públicas, durante su gestión contractual, no pueden asumir que sus proponentes incurrirán en conductas irregulares, como la colusión. Por ello, como se expresó, durante los procesos de selección deben actuar guiadas bajo los postulados del



principio de la buena fe y acatar las previsiones de la Ley y el reglamento para cada una de sus actuaciones.

Sin embargo, cuando se presentan situaciones que permiten inferir razonablemente que posiblemente la presunción de buena fe ha sido desvirtuada, es deber de todo funcionario público poner en conocimiento de las autoridades competentes la conducta que considera irregular. Las prácticas colusorias constituyen un comportamiento irregular que desconoce las reglas de la libre competencia y que puede ser objeto de sanciones administrativas, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo anterior, en cada caso, los servidores públicos que participan en la gestión de la entidad contratante o cualquier interesado en el proceso de selección podrán presentar las denuncias del caso, cuando se evidencie la presencia de conductas como las descritas en la pregunta.

«QUINTA INQUIETUD ¿Las Entidades Estatales que realizan las convocatorias previamente a declarar una limitación, estarían en la obligación de comprobar que aquellas compañías que solicitaron tal limitación estén en la capacidad de cumplir todos y cada uno de los requisitos habilitantes de la convocatoria para evitar declaratorias de proceso desierto?, ¿Bajo qué normatividad se fundamenta esto?».

En armonía con las respuestas a las preguntas anteriores, y como se expuso en las consideraciones de este concepto, para limitar una convocatoria a Mipymes las entidades contratantes solo pueden exigir los requisitos señalados en la ley y en el Decreto 1082 del 2015 –modificado por el Decreto 1860 de 2021– para que esta proceda. En tal sentido, las entidades no pueden exigir requisitos adicionales para limitar la convocatoria y en esa etapa del proceso de selección no les corresponde el deber de comprobar que aquellas compañías que solicitaron tal limitación estén en la capacidad de cumplir todos y cada uno de los requisitos habilitantes del proceso, lo cual se realizará con posterioridad a la presentación de las ofertas, que contendrán todos los requisitos que permitan evaluar el cumplimiento de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones.

«SEXTA INQUIETUD ¿Podría una Entidad revertir una limitación a Mipyme?, ¿Cuál podría ser la justificación?».

El procedimiento contractual que debe agotarse para contratar los bienes y servicios que se requieren en un caso determinado es reglado. En ese sentido, las entidades públicas deben aplicar las etapas y trámites expresamente previstos en las normas para el efecto.

En este sentido, la regulación contenida en las disposiciones legales contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas reglamentarias en la materia no consagran un procedimiento especial que permita revertir la decisión de limitar un proceso de selección a Mipyme.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la decisión de limitar el proceso de selección a Mipyme se adopta mediante el acto de apertura del respectivo proceso de selección, el cual se somete a las reglas fijadas en el CPACA para su revocatoria directa, ante la ausencia de regulación sobre el particular en el Decreto 1082 del 2015. De manera que, en el evento que se advierta la concurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 93 del C.P.A.C.A.²², la respectiva entidad podrá acudir a esta figura, previo análisis y motivación del caso. Sin embargo, el análisis concreto respecto a la forma como la entidad actúa frente a estos eventos corresponde realizarlo a cada una de ellas, teniendo en cuenta, además, las precisiones realizadas en este concepto respecto a los requisitos para que procedan las convocatorias limitadas a Mipymes.

«SÉPTIMA INQUIETUD ¿Una sucursal de compañía extranjera, en donde en el certificado de existencia y representación legal se encuentra clasificada como Mipyme, pero en el Registro Único de Proponentes se clasificó como gran empresa, podría considerarse habilitada para participar en convocatorias limitadas? ¿Qué prevalece? ¿La clasificación en el certificado de cámara de comercio o la clasificación en el RUP?».

La limitación de un proceso de selección de participación plural a Mipymes solo tiene cabida en favor de este tipo de empresas cuando tienen la condición de colombianas. Así lo disponen expresamente los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 del 2015.

La acreditación de la condición de Mipyme colombiana deberá realizarse mediante la presentación de los documentos exigidos en esas normas para tal efecto. Como quiera que el artículo 2.2.1.2.4.2.4. permite el uso alternativo del certificado de existencia y representación legal o del RUP para acreditar esta condición, las entidades públicas no podrían limitar esta opción en el respectivo pliego de condiciones; sin embargo, sí pueden regular en las reglas de participación la manera en la que se procederá en el evento de

²² El artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 del 2015 define al acto de apertura del proceso de selección como un acto administrativo, lo que indica que, en relación con éste tienen cabida los distintos mecanismos fijados en el C.P.A.C.A. que no hayan tenido regulación especial en el EGCAP, como serían los que regulan la figura de la revocatoria directa, contenidos en los artículos 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

presentarse inconsistencias y contradicciones en los documentos presentados por los proponentes.

La situación descrita en la inquietud, se presentaría durante la fase de verificación de los requisitos habilitantes en la cual la entidad cuenta con la facultad de solicitar aclaraciones y/o explicaciones sobre los documentos que han presentado sus proponentes. En ejercicio de esta facultad y con fundamento en las reglas definidas en el respectivo pliego de condiciones, podría solicitar aclaración frente al situación descrita, para lo cual deberá tener en cuenta que, conforme al artículo 2.2.1.2.4.2.18. la determinación los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

«OCTAVA INQUIETUD ¿Cuándo en un proceso licitatorio donde se presenta un proponente plural (consorcio o unión temporal) conformado por una empresa Mipyme y la otra no Mipyme, donde la no Mipyme tiene la mayor participación, podría el consorcio o unión temporal considerarse habilitada para participar en convocatorias limitadas a Mipyme?»

El parágrafo 3 del artículo 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 expresamente regula esta situación, estableciendo que: «En las convocatorias limitadas, las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, solo deberán aceptar las ofertas de Mipyme o de proponentes plurales integrados únicamente por Mipyme». En este sentido, si en un proceso limitado a Mipymes se presentan consorcios o uniones temporales, cada uno de los integrantes deberá cumplir con el requisito de ser Mipyme.

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

Atentamente,



Compartido por:



Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Álvaro Namén Vargas
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

