

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Régimen contractual – Ley 80 de 1993 – Derecho privado

El régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES – Principios de igualdad y libre competencia – Entidades sometidas – Alcance

Salvo las convocatorias limitadas a Mipymes nacionales o territoriales, en los procedimientos de selección competitivos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 rige el principio de igualdad y competencia. Esto significa que debe garantizarse la pluralidad de oferentes como condición necesaria para escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad. Esta prohibición de trato discriminatorio respecto a la posibilidad que tienen los proponentes de presentarse a las licitaciones o concursos es acorde al principio de selección objetiva, el cual define el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 como la escogencia realizada sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

El principio jurídico de la libre competencia garantiza la oposición entre los oferentes, y –como contrapartida– establece una prohibición para el Estado de restringir su participación. En esta perspectiva, es una derivación del principio de igualdad, pues supone la intervención del mayor número de candidatos en un régimen de libre competencia. Ambos se concretan en la prohibición de limitar la presentación de ofertas, pues son importantes para evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad pretendiendo favorecer a los nacionales frente a extranjeros, y también se oponen a la exigencia de criterios de territorialidad que vulneren la libertad de empresa en una economía de mercado. Por ello, en el Concepto 2201913000006511 del 3 de septiembre de 2019, la Agencia sostuvo que, por regla general, las entidades no pueden exigir como requisito habilitante que el proponente tenga residencia en el lugar donde se ejecutará el contrato, pues afecta la libre competencia de los procesos de contratación y es una cláusula discriminatoria, sin dejar de lado que no garantiza la aptitud del proponente para ejecutar el objeto del contrato.

PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA – Entidades exceptuadas

Las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto no desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, están sometidas a la Ley 80 de 1993. En gracia de discusión, el razonamiento de los párrafos precedentes podría extenderse mutatis mutandis a aquellas EICE excluidas del Estatuto General de Contratación, especialmente, cuando el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 remite al



artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, el inciso primero dicha norma dispone que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

Conforme al inciso primero del artículo 209 superior, “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Énfasis fuera de texto). Por tanto, dentro de la regulación especial de los manuales de contratación, en los procedimientos con pluralidad de oferentes las EICE exceptuadas rige también el principio de igualdad y concurrencia, pues –como se explicó ut supra– ambos están estrechamente ligados.

Sin embargo, la estructura de los procedimientos de las entidades sometidas no es asimilable a los de las entidades exceptuadas. Sin bien en estas últimas rigen por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación de los principios del artículo 209 se encuentra matizada por lo que definan los documentos del proceso que se estructuren en acatamiento de sus manuales de contratación. Dado que estas actuaciones gozan de presunción de legalidad, la participación de extranjeros se realiza con sujeción a lo que dispongan las entidades dentro de su régimen especial, sin perjuicio del control judicial, fiscal o disciplinario contra violaciones injustificadas del marco normativo citado en los dos (2) párrafos precedentes. Fuera de este matiz, al igual que las sometidas, las exceptuadas también debe aplicar las reglas de trato nacional que, para efectos del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, rige para todas las entidades independientemente de su régimen jurídico, con excepción de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación nacional y territorial – Trato preferencial

Si la convocatoria de se limita a Mipymes nacionales, quedan excluidos no solo las grandes empresas ubicadas en el territorio colombiano sino también los proponentes extranjeros. En otras palabras, el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato preferencial en razón de la nacionalidad. En contraste, si la convocatoria limitada beneficia a las Mipymes del municipio o departamento correspondiente al de la ejecución del contrato, también quedan excluidas –además de los anteriores– las Mipymes de otros lugares de Colombia. Es decir, el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato privilegiado que se fundamenta en el territorio.



Bogotá D.C., 26 de Septiembre de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230927010461
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 26/09/2023 20:23:33



Señora
Valeria Maldonado Mejía
Bogotá D.C.

Concepto C – 335 de 2023

Temas: EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Régimen contractual – Ley 80 de 1993 – Derecho privado / PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES – Principios de igualdad y libre concurrencia – Entidades sometidas – Alcance / PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA – Entidades exceptuadas / CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación nacional y territorial – Trato preferencial

Radicación: Respuesta a la consulta P20230814014197

Respetada señora Maldonado Mejía:

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 petición radicada el 14 de agosto de 2023.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) “¿Pueden las empresas industriales y comerciales del estado, como entidades estatales, incorporar en los pliegos de condiciones de los procesos de contratación que adelanten, disposiciones, cláusulas y/o requisitos habilitantes que restrinjan la participación de proponentes de nacionalidad extranjera?”, ii) “En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, por favor señalar cuales son los lineamientos que deben seguir las empresas industriales y comerciales del estado para incorporar disposiciones, cláusulas y/o requisitos habilitantes que restrinjan la participación de proponentes de nacionalidad extranjera” y iii) “En caso de que la respuesta a la consulta del



numeral 1 anterior sea afirmativa, por favor indique sí la entidad estatal, dentro de los términos de referencia, pliegos de condiciones o documentos precontractuales, debe realizar una justificación detallada del motivo y fundamento legal de las restricciones desarrolladas. Se solicita amablemente, se indique cuál es la consecuencia de no soportar en los documentos precontractuales las razones y fundamentos de la exclusión”.

2. Consideraciones

La Subdirección resolverá la petición conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, ii) principio de igualdad y concurrencia como regla general en los procesos de selección y iii) convocatorias limitadas a Mipymes como excepción al principio de libre participación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen de las empresas industriales y comerciales en los Conceptos 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019, C-251 del 27 de mayo de 2020, C-280 del 6 de julio de 2020, C-253 del 2 de junio de 2021, C-495 del 2 de agosto de 2022 y C-975 del 28 de diciembre de 2022. También se ha referido a la prohibición de trato discriminatorio en el Concepto 2201913000006511 del 3 de septiembre de 2019. Finalmente, en los Conceptos 216130003241 el 30 de junio de 2016, 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020, C-700 de 1 de diciembre de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-438 del 27 de septiembre de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021, C-001 del 17 de febrero de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-293 del 12 de mayo de 2022, C-340 del 26 de mayo de 2022, C-395 del 17 de junio de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-206 del 20 de junio de 2023 y C-207 del 20 de junio de 2023, se pronunció sobre las convocatorias limitadas¹. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

¹ Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



2.1. Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son empresas industriales y comerciales del Estado la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras.

Considerando la actividad desarrollada, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo excepciones legales y las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado.

Sobre el régimen de contratación, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 –en concordancia con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998– incorporó a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de la categoría de entidades estatales². Para estos efectos, el numeral 1, literal m), del artículo 24 del Estatuto General –derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007– permitía la contratación directa de los bienes y servicios requeridos para el desarrollo de su objeto social, exceptuado los contratos de obra, consultoría, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública³.

Actualmente, el artículo 14 de Ley 1150 de 2007 distingue entre las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollan sus actividades en competencia con

² Al respecto, el artículo 2, literal a) del numeral 1, del Estatuto General de Contratación denomina como entidades estatales a “La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, *las empresas industriales y comerciales del Estado*, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (Énfasis fuera de texto).

Igualmente, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente: “Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. *Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*” (Énfasis fuera de texto).

³ El numeral derogado disponía que “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: [...] m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”.



los particulares y las que no: mientras los contratos de estas últimas regresan a las normas de la Ley 80 de 1993, los de aquellas permanecen dentro del Código Civil y de Comercio, lo que –respecto al contenido del artículo 85 de la Ley 489 de 1998– implica un retorno parcial del derecho administrativo. De esta manera, la norma anteriormente citada dispone lo siguiente:

“Artículo 14. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.

En esta medida, las empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan. Conforme al literal g) del artículo 2.2 de la Ley 1150 de 2007, estos contratos siguen las reglas del procedimiento de selección abreviada, exceptuados los del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁴. En contraste, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia o en mercados regulados es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. De acuerdo con la jurisprudencia, la exclusión de estas últimas se justifica en el principio de igualdad, ya que si Estado desarrolla actividades de los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado. No en vano:

“La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener

⁴ En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.2.24 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que “Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda”.



prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes⁵.

Por lo tanto, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

2.2. Principio de igualdad y concurrencia como regla general en los procesos de selección: prohibición de trato discriminatorio entre nacionales y extranjeros

Salvo las convocatorias limitadas a Mipymes nacionales o territoriales que se explicarán en el acápite siguiente, los principios de igualdad y concurrencia rigen en los procedimientos de selección competitivos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación. Esto significa que debe garantizarse la pluralidad de oferentes como condición necesaria para escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad. Esta prohibición de trato discriminatorio respecto a la posibilidad que tienen los proponentes de presentarse a las licitaciones o concursos es acorde al principio de selección objetiva, el cual define el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 como la escogencia realizada sin tener en consideración factores

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Exp. 12.342. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En el mismo sentido, la doctrina considera que:

“La concurrencia tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes; porque si lo que la Administración pretende para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida.

[...]

La concurrencia no significa enfrentamiento en el sentido de disputa entre los interesados, ella no supone el litigio en el sentido técnico procesal; es decir, que no hay litis, porque los participantes no acuden ante la autoridad administrativa para que ésta resuelva, como juez, un conflicto jurídico; los participantes son, en realidad, proponentes cuya actividad se limita, en principio, a presentar sus antecedentes y propuestas, en orden al emprendimiento licitado.

Existe, sí, oposición, la que consiste en un procedimiento selectivo que da lugar a que se comparen y evalúen las distintas ofertas, para escoger de entre ellas la más conveniente; pero no se da entre los postulantes una situación de contienda, sino, en todo caso, de competencia industrial, comercial, profesional, técnica o de todas ellas combinadas, entre quienes aspiran a ser admitidos en igualdad de condiciones en ese procedimiento y tratados con equidad”⁶.

El principio jurídico de la libre concurrencia garantiza la oposición entre los oferentes, y –como contrapartida– establece una prohibición para el Estado de restringir su participación⁷. En esta perspectiva, es una derivación del principio de igualdad, pues supone la intervención del mayor número de candidatos en un régimen de libre competencia. Ambos se concretan en la prohibición de limitar la presentación de ofertas, pues son importantes para evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad pretendiendo favorecer a los nacionales frente a extranjeros, y también se oponen a la exigencia de criterios de territorialidad que vulneren la libertad de empresa en una

⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo. La licitación pública como procedimiento administrativo especial: protección jurídica al oferente. En: El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2001. pp. 305-307.

⁷ Cfr. DROMI, Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 134. Para ESCOBAR GIL, “La finalidad del principio es doble: en primer término, asegura a los asociados la igualdad de oportunidades promoviendo la participación del mayor número de oferentes, y en segundo lugar, facilitar la selección de quien presente la propuesta más favorable en beneficio del interés público [...].

[...]

Así mismo, repugna al principio de libertad de concurrencia, la fijación por parte de la Administración Pública de obstáculos y trabas a la participación de los proponentes [...].” (Cfr. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2000. pp. 154-155).



economía de mercado⁸. Por ello, en el Concepto 2201913000006511 del 3 de septiembre de 2019, la Agencia sostuvo que, por regla general, las entidades no pueden exigir como requisito habilitante que el proponente tenga residencia en el lugar donde se ejecutará el contrato, pues afecta la libre competencia de los procesos de contratación y es una cláusula discriminatoria, sin dejar de lado que no garantiza la aptitud del proponente para ejecutar el objeto del contrato^{9 10}.

Lo anterior es congruente con el inciso primero del artículo 13 superior, el cual dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones [...] origen nacional [...]”. Asimismo, conforme al artículo 100 constitucional, “*Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos*. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, como explica la Corte Constitucional en la Sentencia T-147 de 1996, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, “[...] Es evidente que si la Carta excluye la diferenciación de trato sustentado en el origen nacional, está igualmente descartada, inclusive de una manera

⁸ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. Los principios generales de la contratación pública. En: Tratado de los contratos del sector público. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 194 y 210.

⁹ Respecto a los factores de evaluación, PALACIO HINCAPIÉ considera que “No puede incluirse como factor de escogencia el hecho de que el proponente resida en el domicilio de la entidad contratante, pues ello viola la igualdad de los oferentes; [...] tampoco ser nacional o pertenecer a la industria nacional, pues no hay esa protección [...]” (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Octava edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. SAS, 2020. pp. 251-252). Por su parte, GONZÁLEZ LÓPEZ estima que “[...] sería violatorio del principio de igualdad el establecer criterios de ponderación superiores respecto de su origen local y departamental” (p. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal: la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 120).

Por ello, el Concepto 2201913000006511 del 3 de septiembre de 2019 menciona lo siguiente: “[...] si la jurisprudencia proscribió fijar este criterio como factor de evaluación, con más razón se debe prohibir como requisito habilitante, porque ellos verifican la aptitud del proponente para presentarse a un proceso de contratación y esta exigencia no determina la aptitud del proponente para ejecutar el contrato. En este sentido, las entidades estatales no deben establecer como requisito habilitante la exigencia que el proponente resida en el lugar donde se ejecutará el contrato”.

¹⁰ Excepcionalmente, algunas normas acotan ámbitos territoriales para la ejecución negocio jurídico. Por ejemplo, el inciso primero del artículo 95 de la Ley 2166 del 2021 dispone que “Se autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la menor cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad”. Esta norma debe concordarse con el artículo 9 *ibidem*, el cual dispone lo siguiente: “Cada organismo de acción comunal desarrollará sus actividades dentro de un territorio delimitado [...]” (Énfasis fuera de texto).

Asimismo, de acuerdo con el artículo 101.1 de la Ley 2294 de 2023, a través de las Asociaciones de Iniciativa Público Popular “[...] se podrá desarrollar el diseño, construcción, renovación, reparación, mejoramiento, equipamiento, gestión, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura y demás actividades técnicas necesarias para el cumplimiento del contrato en el respectivo territorio de la respectiva comunidad” (Énfasis fuera de texto).



más perentoria, la discriminación entre nacionales [...]", lo que reitera la prohibición de trato desigual por razón de la nacionalidad o el territorio.

Por lo demás, en concordancia con el numeral 1 del artículo 1502 del Código Civil¹¹, el inciso primero del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021– dispone que “Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes [...]”. Esta norma es acorde al reconocimiento de la personalidad jurídica del artículo 16 constitucional, de donde se infiere que las personas extranjeras –al igual que las nacionales– pueden concurrir en la celebración de contratos estatales, siempre que no se encuentren en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad que la afecte¹².

Esta posibilidad de que los extranjeros concurren a los procedimientos de selección adelantados en Colombia también se fundamenta en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993¹³. Dicha norma consagra el *principio de reciprocidad* en la contratación estatal, entendido como el compromiso asumido por el Estado de brindar a los oferentes de bienes y servicios de origen extranjero un trato semejante al que les conceden a los colombianos en otros

¹¹ Esta norma prescribe que “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz;
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

¹² Para el Consejo de Estado “[...] la capacidad jurídica en la contratación estatal se integra no solamente por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio del proponente sino también por la ausencia de inhabilidades o incompatibilidades de su parte. En otros términos, en la actividad comercial de la administración tiene capacidad jurídica el proponente que existe, que tiene plena capacidad de ejercicio o de obrar y que no tiene inhabilidad o impedimento alguno para intervenir en el iter contractual” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. Rad. 36.408. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

¹³ El tenor del artículo 20 es el siguiente: “En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo”.



Estados con los cuales se ha celebrado acuerdo o tratado comercial, cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad, o en virtud de procesos de integración regional.

En otras palabras, el *trato nacional* consiste en la consideración especial en la asignación de puntaje, que se tiene sobre los oferentes, bienes y servicios colombianos, en los procedimientos de selección, pero que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros. Dicho privilegio que puede provenir de alguna de estas tres (3) fuentes: i) un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional, ii) un certificado de reciprocidad expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores –ante la ausencia de un tratado o acuerdo comercial– o iii) la regulación andina. Las tres fuentes se reconocen no solo en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993, sino también en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015¹⁴.

En cuanto a la primera de ellas, cabe señalar que el trato nacional puede estar estipulado en un *tratado o acuerdo comercial* suscrito entre Colombia y uno o varios Estados, adoptando como cláusula que a los oferentes, bienes o servicios extranjeros de dichos Estados se les considerará en nuestro país como nacionales, bajo las condiciones establecidas en la respectiva negociación¹⁵. Así, el tratado correspondiente puede contener

¹⁴ “Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado”.

¹⁵ Como lo ha indicado la Corte Constitucional, “La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte” (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).



un acápite en el que se establezca que determinados bienes o servicios cubiertos se beneficiarán por el trato nacional; lo que a veces también puede suceder con los proveedores. A título de ejemplo, la cláusula 11.2 del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y los países del Triángulo Norte de Centroamérica –El Salvador, Guatemala y Honduras–¹⁶ establece que, con respecto a la cobertura negociada en dicho acuerdo, “cada Parte concederá a las mercancías, servicios, incluidos los servicios de construcción, y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que conceda a sus propias mercancías, servicios y proveedores”. Asimismo, el artículo 9.2 del tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica¹⁷, prevé que “Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores”.

En consecuencia, para que pueda aplicarse el trato nacional en virtud del pacto contenido en un tratado o acuerdo comercial, la contratación debe versar sobre los bienes, servicios o proveedores *cubiertos* por dicho tratado, pues la autonomía de la voluntad de los Estados, que es expresión de su soberanía, les permite negociar en el acuerdo comercial un alcance o cobertura del mismo, según razones de oportunidad o conveniencia. Es por esto que los tratados establecen las entidades cubiertas, así como los umbrales, es decir, los valores o montos que, al igualarse o superarse en un procedimiento de contratación, hacen que este quede amparado por el tratado. De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura¹⁸.

En relación con la segunda fuente del trato nacional, esto es, el *certificado de reciprocidad*, el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 establece que cuando “[...] no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades”. Esto significa que la ausencia de tratado o acuerdo comercial no inhabilita por ese solo hecho al oferente extranjero para participar en el procedimiento de selección abierto por una entidad estatal colombiana, ni le impide ser tratado como nacional

¹⁶ Aprobado mediante Ley 1241 de 2008.

¹⁷ Aprobado por la Ley 1143 de 2007.

¹⁸ Por ejemplo, la nota 2 del Anexo 9.1 del tratado de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica dispone que, si bien el Ministerio de Defensa Nacional es una entidad cubierta, “No estarán cubiertas por este Capítulo las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, para el Comando General de las Fuerzas Militares, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, y la Policía Nacional”.



de nuestro país, pero, si pretende gozar de este último beneficio, debe contar con un certificado de reciprocidad. Este certificado es un documento que, según el artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015, debe expedir el Ministerio de Relaciones Exteriores frente “[...] a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado”. Tal certificado solo puede expedirse, entonces, cuando no exista tratado o acuerdo comercial suscrito con el Estado del que provenga el oferente, bien o servicio¹⁹.

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina que consagran este principio²⁰. Así lo reconoce el literal c) del mencionado artículo del Decreto 1082 de 2015, al establecer que las entidades estatales también deben conceder trato nacional “[...] a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia”. Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, dispuso que “La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata”.

Actualmente el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, consagran la prevalencia de los compromisos contenidos en los tratados o acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados, sobre lo que establezca el derecho interno, el cual no puede ser contrario a los

¹⁹ Esta es la tesis que ha prolijado esta Agencia en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, en las siguientes palabras: “La Entidad Estatal contratante también debe conceder el mismo trato que da a los proponentes de colombianos que ofertan bienes y servicios colombianos, a aquellos oferentes de bienes y servicios originarios de Estados con los cuales, a pesar de no existir o no estar vigente un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Esto supone que, el Gobierno Nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa vigente en materia de compras públicas de dicho Estado, determine y certifique que en el respectivo Estado, los bienes, servicios y/o proveedores colombianos gozan del mismo trato que se le da a los bienes, servicios y/o proveedores de tal Estado, o que no existe en ese Estado ninguna medida que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos en detrimento de los bienes o servicios o proveedores colombianos.

La existencia de un Acuerdo Comercial que prevea el Trato Nacional en materia de contratación pública excluye la posibilidad de que el Gobierno Nacional certifique el Trato Nacional por reciprocidad. Así, por ejemplo, en ningún caso el Ministerio de Relaciones Exteriores podría certificar Trato Nacional por reciprocidad con México, pues existe un Acuerdo Comercial con dicha parte”.

²⁰ La Comunidad Andina de Naciones –CAN– es un mecanismo subregional de integración creado mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Este último país perteneció a la Comunidad hasta el 2006.



tratados. Esto se deduce de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados²¹.

Una vez analizadas las tres (3) fuentes del trato nacional en la contratación pública, el efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003. El artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el párrafo *ibidem* dispone lo siguiente: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento”. Por tanto, si los extranjeros pueden acceder a este puntaje, es precisamente porque –al igual que los nacionales– están facultados para participar en los procedimientos de selección.

De acuerdo con el apartado precedente, las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto no desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, están sometidas a la Ley 80 de 1993. En gracia de discusión, el razonamiento de los párrafos precedentes podría extenderse *mutatis mutandis* a aquellas EICE excluidas del Estatuto General de Contratación, especialmente, cuando el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 remite al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, el inciso primero dicha norma dispone que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

Conforme al inciso primero del artículo 209 superior, “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Énfasis fuera de

²¹ “26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

²⁷ El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. [...]”.



texto). Por tanto, dentro de la regulación especial de los manuales de contratación, en los procedimientos con pluralidad de oferentes las EICE exceptuadas rige también el principio de igualdad y concurrencia, pues –como se explicó *ut supra*– ambos están estrechamente ligados.

Sin embargo, la estructura de los procedimientos de las entidades sometidas no es asimilable a los de las entidades exceptuadas. Sin bien en estas últimas rigen por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación de los principios del artículo 209 se encuentra matizada por lo que definan los documentos del proceso que se estructuren en acatamiento de sus manuales de contratación. Dado que estas actuaciones gozan de presunción de legalidad, la participación de extranjeros se realiza con sujeción a lo que dispongan las entidades dentro de su régimen especial, sin perjuicio del control judicial, fiscal o disciplinario contra violaciones injustificadas del marco normativo citado en los dos (2) párrafos precedentes. Fuera de este matiz, al igual que las sometidas, las exceptuadas también debe aplicar las reglas de trato nacional que, para efectos del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, rige para todas las entidades independientemente de su régimen jurídico, con excepción de las empresas de servicios públicos domiciliarios²².

En todo caso, en línea con el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el citado Concepto 220191300006511 del 3 de septiembre de 2019 precisa que “Si la entidad estatal limita el proceso de contratación a Mipymes nacionales, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, las entidades tienen la facultad de limitar la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. En este caso, la entidad estatal podrá fijar como requisito habilitante que la Mipyme acredite [...] que está domiciliada en el departamento o municipio en donde se va

²² El artículo 1 de la Ley 816 de 2003 dispone que “Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se registrarán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

PARÁGRAFO. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento”.



a ejecutar el contrato²³. Esta norma establece un trato preferencial, y se explicará en el siguiente acápite.

2.3. Convocatorias limitadas a Mipymes en el sistema de compras públicas

En desarrollo del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, 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 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 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

²³ En lo pertinente, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 – modificado por el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento– dispone que “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.

[...]

PARÁGRAFO 1o. 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.

[...].”



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 para las convocatorias limitadas a Mipyme, puesto que el valor del proceso de contratación debe ser “menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”. Esto de acuerdo con la tasa que determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Por su parte, el numeral segundo establece que al menos dos (2) Mipymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Asimismo, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar la Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Por lo demás, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipyme, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

En relación con las limitaciones territoriales de las convocatorias a Mipyme, a la luz del antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia –en los Conceptos 420171400006924 del 29 de enero de 2018, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020 y C-700 de 1 de diciembre de 2020– había sostenido que, para que se permitiera la participación de una 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,



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

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*²⁴. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, la postura sostenida por esta Agencia en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no contemplaba la posibilidad de que una 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 cambia la tesis adoptada en conceptos anteriores de Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en la medida en que, respecto al domicilio de las Mipyme en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no tuvo cambios. Así se desprende del texto de la norma que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 5. Modificación de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Modifíquense los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así:

[...]

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el párrafo 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

²⁴ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020. Radicado de salida No. 2202013000001974.



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 párrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, “En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato”. En tales términos, la norma citada solo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a Mipymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.

En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme nacional. Además, las normas de contratación permiten que las Mipyme nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”.

No puede perderse de vista que la decisión de limitar “a 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 precitado artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme, no puede *motu proprio* proceder con la “limitación territorial” de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la “limitación a Mipymes colombianas”, lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

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

Colombia Compra Eficiente ha sostenido que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria a Mipyme es discrecional, y ha precisado que, de todos modos, esta debe justificarse con fundamento en los correspondientes “estudios del sector”. Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en la consulta resuelta en el radicado No. 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, se explicó que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, las Mipyme



beneficiadas deben tener su domicilio principal en el municipio o departamento donde se ejecutará el contrato para participar en una convocatoria limitada territorialmente. Esta tesis sigue vigente, puesto que el nuevo contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, mantiene la facultad de la Administración para limitar territorialmente la convocatoria teniendo en cuenta el domicilio de ejecución del contrato, lo cual es congruente como el verbo “podrán” del párrafo primero del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento.

En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibídem*, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”²⁵. No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a Mipymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante

²⁵ Al respecto, de acuerdo con el Concepto C-089 del 28 de abril de 2023, la Agencia estima que “el debido ejercicio de la referida potestad discrecional exige que converjan unos mínimos presupuestos de adecuación, para que resulte adecuada la decisión de limitar una convocatoria a la participación exclusiva de mipymes. Es por esto por lo que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria solo puede resultar razonable si la información recolectada en el marco del análisis del sector indica que en el lugar de ejecución del contrato existe un número significativo de mipymes allí domiciliadas, cuyo objeto social les permitiría desarrollar el contrato o que estén interesadas en participar en el respectivo proceso de contratación. Adicionalmente, se torna relevante determinar que tantas de esas mipymes tendrían la posibilidad de participar en el respectivo proceso de contratación en consideración en atención a las aptitudes e idoneidad requerida. De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de mipymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.

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



valorará si es oportuno y conveniente adoptarla²⁶. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. En cada caso concreto, las consecuencias del incumplimiento de este deber serán analizadas por el juez del contrato previo ejercicio del derecho de acción, bajo en el entendido que la falsa de motivación es uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos –art. 137, inc. 2, de la Ley 1437 de 2011–.

Lo importante es que si la convocatoria de se limita a Mipymes nacionales, quedan excluidos no solo las grandes empresas ubicadas en el territorio colombiano sino también los proponentes extranjeros. En otras palabras, el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato preferencial en razón de la nacionalidad. En contraste, si la convocatoria limitada beneficia a las Mipymes del municipio o departamento correspondiente al de la ejecución del contrato, también quedan excluidas –además de los anteriores– las Mipymes de otros lugares de Colombia. Es decir, el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato privilegiado que se fundamenta en el territorio.

3. Respuesta

- i) “¿Pueden las empresas industriales y comerciales del estado, como entidades estatales, incorporar en los pliegos de condiciones de los procesos de contratación que adelanten, disposiciones, cláusulas y/o requisitos habilitantes que restrinjan la participación de proponentes de nacionalidad extranjera?”.

Salvo las convocatorias limitadas a Mipymes nacionales o territoriales que se explicaron en el acápite 2.3 del presente oficio, los principios de igualdad y concurrencia rigen en los

²⁶ La doctrina explica que “[...] la discrecionalidad hace referencia a una decisión o disposición administrativa adoptada dentro un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico (es decir, hay varias soluciones válidas en Derecho, entre las que la administración puede elegir libremente, aunque justificando su decisión). Cualquiera de las soluciones adoptadas dentro del ámbito de legítima discrecionalidad son igualmente admisibles en Derecho, y todas ellas tienen el mismo valor jurídico. Siempre que no desborde el ámbito de discrecionalidad, la Administración puede decidir utilizando criterios de conveniencia u oportunidad (por lo que la discrecionalidad es la puerta de entrada en la pirámide del ordenamiento de consideraciones de política administrativa o de carácter metajurídico)” (BLANQUER, David. Derecho administrativo: el fin, los medios y el control. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 191).



procedimientos de selección competitivos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación. Esto significa que debe garantizarse la pluralidad de oferentes como condición necesaria para escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad. Esta prohibición de trato discriminatorio respecto a la posibilidad que tienen los proponentes de presentarse a las licitaciones o concursos es acorde al principio de selección objetiva, el cual define el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 como la escogencia realizada sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva

El principio jurídico de la libre competencia garantiza la oposición entre los oferentes, y –como contrapartida– establece una prohibición para el Estado de restringir su participación. En esta perspectiva, es una derivación del principio de igualdad, pues supone la intervención del mayor número de candidatos en un régimen de libre competencia. Ambos se concretan en la prohibición de limitar la presentación de ofertas, pues son importantes para evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad pretendiendo favorecer a los nacionales frente a extranjeros, y también se oponen a la exigencia de criterios de territorialidad que vulneren la libertad de empresa en una economía de mercado. Por ello, en el Concepto 220191300006511 del 3 de septiembre de 2019, la Agencia sostuvo que, por regla general, las entidades no pueden exigir como requisito habilitante que el proponente tenga residencia en el lugar donde se ejecutará el contrato, pues afecta la libre competencia de los procesos de contratación y es una cláusula discriminatoria, sin dejar de lado que no garantiza la aptitud del proponente para ejecutar el objeto del contrato.

Lo anterior es congruente con el inciso primero del artículo 13 superior, el cual dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones [...] origen nacional [...]”. Asimismo, conforme al artículo 100 constitucional, “*Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos*. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, como explica la Corte Constitucional en la Sentencia T-147 de 1996, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, “[...] Es evidente que si la Carta excluye la diferenciación de trato sustentado en el origen nacional, está igualmente descartada, inclusive de una manera más perentoria, la discriminación entre nacionales [...]”, lo que reitera la prohibición de trato desigual por razón de la nacionalidad o el territorio.

Por lo demás, en concordancia con el numeral 1 del artículo 1502 del Código Civil, el inciso primero del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021– dispone que “Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes [...]”. Esta norma

es acorde al reconocimiento de la personalidad jurídica del artículo 16 constitucional, de donde se infiere que las personas extranjeras –al igual que las nacionales– pueden concurrir en la celebración de contratos estatales, siempre que no se encuentren en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad que la afecte.

Esta posibilidad de que los extranjeros concurren a los procedimientos de selección adelantados en Colombia también se fundamenta en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma consagra el *principio de reciprocidad* en la contratación estatal, entendido como el compromiso asumido por el Estado de brindar a los oferentes de bienes y servicios de origen extranjero un trato semejante al que les conceden a los colombianos en otros Estados con los cuales se ha celebrado acuerdo o tratado comercial, cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad, o en virtud de procesos de integración regional.

El efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003. El artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el párrafo *ibidem* dispone lo siguiente: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento”. Por tanto, si los extranjeros pueden acceder a este puntaje, es precisamente porque –al igual que los nacionales– están facultados para participar en los procedimientos de selección.

De acuerdo con el apartado 2.1 del presente oficio, las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto no desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, están sometidas a la Ley 80 de 1993. En gracia de discusión, el razonamiento de los párrafos precedentes podría extenderse *mutatis mutandis* a aquellas EICE excluidas del Estatuto General de Contratación, especialmente, cuando el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 remite al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, el inciso primero dicha norma dispone que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.



Conforme al inciso primero del artículo 209 superior, “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*” (Énfasis fuera de texto). Por tanto, dentro de la regulación especial de los manuales de contratación, en los procedimientos con pluralidad de oferentes las EICE exceptuadas rige también el principio de igualdad y concurrencia, pues –como se explicó *ut supra*– ambos están estrechamente ligados.

Sin embargo, la estructura de los procedimientos de las entidades sometidas no es asimilable a los de las entidades exceptuadas. Sin bien en estas últimas rigen por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación de los principios del artículo 209 se encuentra matizada por lo que definen los documentos del proceso que se estructuran en acatamiento de sus manuales de contratación. Dado que estas actuaciones gozan de presunción de legalidad, la participación de extranjeros se realiza con sujeción a lo que dispongan las entidades dentro de su régimen especial, sin perjuicio del control judicial, fiscal o disciplinario contra violaciones injustificadas del marco normativo citado en los dos (2) párrafos precedentes. Fuera de este matiz, al igual que las sometidas, las exceptuadas también debe aplicar las reglas de trato nacional que, para efectos del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, rige para todas las entidades independientemente de su régimen jurídico, con excepción de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

ii) “En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, por favor señalar cuales son los lineamientos que deben seguir las empresas industriales y comerciales del estado para incorporar disposiciones, cláusulas y/o requisitos habilitantes que restrinjan la participación de proponentes de nacionalidad extranjera”.

iii) “En caso de que la respuesta a la consulta del numeral 1 anterior sea afirmativa, por favor indique sí la entidad estatal, dentro de los términos de referencia, pliegos de condiciones o documentos precontractuales, debe realizar una justificación detallada del motivo y fundamento legal de las restricciones desarrolladas. Se solicita amablemente, se indique cuál es la consecuencia de no soportar en los documentos precontractuales las razones y fundamentos de la exclusión”.

Como excepción a lo explicado en la respuesta de la pregunta anterior, sin perjuicio de las reglas de participación contempladas en los documentos del proceso y los manuales de contratación de las entidades de régimen especial, si la entidad estatal limita el proceso de contratación a Mipymes nacionales, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, las entidades tienen la facultad de limitar la convocatoria a Mipymes nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el



contrato. En este caso, la entidad estatal podrá fijar como requisito habilitante que la Mipyme acredite que está domiciliada en el departamento o municipio en donde se va a ejecutar el contrato.

En desarrollo del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, 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.

En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibídem*, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. En cada caso concreto, las consecuencias del incumplimiento de este deber serán analizadas por el juez del contrato previo ejercicio del derecho de acción, bajo en el entendido que la falsa de motivación es uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos –art. 137, inc. 2, de la Ley 1437 de 2011–.

Lo importante es que, si la convocatoria de se limita a Mipymes nacionales, quedan excluidos no solo las grandes empresas ubicadas en el territorio colombiano sino también los proponentes extranjeros. En otras palabras, el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato preferencial en razón de la nacionalidad. En contraste, si la convocatoria limitada beneficia a las Mipymes del municipio o departamento correspondiente al de la ejecución del contrato,



también quedan excluidas –además de los anteriores– las Mipymes de otros lugares de Colombia. Es decir, el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 establece un trato privilegiado que se fundamenta en el territorio.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

