

---

---

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**MINISTERIO DE TRANSPORTE**

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**AUDIENCIA DE ACLARACIÓN DE PLIEGO DE CONDICIONES**

**CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO No. VJ-VE-CM-009-2013**

**OBJETO: SELECCIONAR MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO UN ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE SE DERIVE DEL PROCESO LICITATORIO VJ-VE-LP-005-2012 CORRESPONDIENTE AL CORREDOR “LOBOGUERRERO-BUGA.”**

Bogotá D.C., siendo las 10:09 a.m. del 5 de julio de 2013, se instala la audiencia pública de aclaraciones sobre el contenido del pliego de condiciones del proceso de selección en la Modalidad de Concurso de Méritos Abierto No VJ-VE-CM-009-2013, que tiene por objeto: “SELECCIONAR MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO UN ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE SE DERIVE DEL PROCESO LICITATORIO VJ-VE-LP-005-2012 CORRESPONDIENTE AL CORREDOR “LOBOGUERRERO-BUGA.”

Se encuentran presentes en lugar previsto para llevar a cabo la audiencia, por parte de la Entidad:

Wilmar Dario Gonzalez Buritica - Gerente de Contratación – Vicepresidencia Jurídica  
Camilo Andres Jaramillo Berrocal – Gerente de Proyectos Viales – Vicepresidencia de Estructuración  
Camilo Andres Salazar Camacho – Abogado Gerencia de Estructuración – Vicepresidencia Jurídica  
Paola Liliana Echeverria Leon – Asesora Gerencia Financiera – Vicepresidencia de Estructuración  
Olga María Arenas Franco - Abogada Gerencia de Contratación – Vicepresidencia Jurídica

El Gerente de Contratación de la Vicepresidencia Jurídica de la Agencia Nacional de Infraestructura, da inicio a la audiencia haciendo una presentación general del proceso, identificando su objeto, el régimen legal y la modalidad de contratación que lo rige.

Acto seguido se concedió el uso de la palabra a todos los asistentes, quienes presentaron las siguientes observaciones:

I. **SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS (Juan Pablo Alfonso):**

MANIFIESTA NO TENER OBSERVACIONES

II. **OBSERVACIONES PRESENTADAS POR BYC S.A. (Adriana Marcela Amado):**

1. Solicitamos a la ANI teniendo en cuenta lo indicado el literal ( j ) “Reformas al Contrato Principal”, contenida en el 1.3 DEFINICIONES contenidas en el pliego de condiciones, el cual señala al final del párrafo lo siguiente: “(j) “Reformas al Contrato Principal” (...) Por lo tanto, las reformas

*a los contratos que no se refieran a la experiencia que se acredita, no serán tenidas en cuenta para efectos de acreditar la experiencia exigida en el presente proceso.”; tener en cuenta todos los adicionales que se deriven del contrato inicial, ya que se ejecutaron bajo el mismo contrato y por lo tanto hace parte integral de este;*

El literal (j) de las DEFINICIONES del pliego de condiciones, indica:

*(j) “Reformas al Contrato Principal”. Es la modificación del valor del Contrato Principal, tal como este término es definido en el presente documento. Solo serán válidas las reformas del contrato que se refieran a modificaciones al valor relacionado exclusivamente a la experiencia que se acredita mediante el Contrato Principal. Por lo tanto, las reformas a los contratos que no se refieran a la experiencia que se acredita, no serán tenidas en cuenta para efectos de acreditar la experiencia exigida en el presente proceso.*

### **III. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR INTERDISEÑOS S.A (Luz Stella Junco Morales):**

1. “Solicitamos aclarar si para acreditar la experiencia específica solicitada son válidos contratos de interventoría de concesiones de vías urbanas”.
2. “Solicitamos aclarar si el Anexo 8 – Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad, debe incluirse únicamente en el Sobre No 1ª – toda vez que este requisito es evaluable.

### **IV. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR GRUPO POSSO S.A.S (David Godoy):**

1. Solicita a la ANI indicar cual es la norma vigente que define las Mipymes y que debe observar la Entidad?

*No comparten la posición actual de la ANI en su interpretación por Mipymes, por lo que sugieren su corrección, e indican lo siguiente:*

1. ***En cuanto a la definición y criterios de clasificación de las ‘Mipymes’ (observación a la postura e interpretación dada sobre el tema por la entidad).***

#### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

1. ¿cuál es la norma vigente que define a la mipymes, qué se entiende por mipymes y cuáles son los criterios o categorías según dicha norma?

2. ¿La entidad estatal que está adelantando un proceso de selección de contratista, mediante acto administrativo (pliego de condiciones) puede desconocer la definición legal vigente de 'Mipymes' (micro, pequeña y mediana empresa), evaluando erróneamente, de contera, la calidad jurídica y empresarial del proponente?

## HECHOS

1. En los pliegos de condiciones y en el proyecto de pliego de condiciones de los Concursos de Méritos (procesos VJ-VGC-CM 007,008 y 009 todos de 2013) numerales 5.2.3. y 5.1.4.3., respectivamente, como política de la Agencia Nacional de Infraestructura en cuanto a la definición y clasificación de 'Mipymes', entiende por ellas la entidad que ***“... para estos efectos se considerarán Mipymes nacionales tanto aquellas sociedades nacionales que cumplan las dos (2) condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificada por la Ley 905 de 2004, como las extranjeras que cumpliendo las dos condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) de la misma norma citada, hayan acreditado reciprocidad.”***
2. La definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por las siguientes legislaciones: Ley 590 de 2000 artículo 2°, Ley 905 de 2004 artículo 2° (subrogación), Ley 1151 de 2011 artículo 75 (subrogación) y, finalmente, Ley 1450 artículo 43 (subrogación o modificación).
3. Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico actual vigente, al tenor del artículo 43 de la ley 1450 y en virtud de su parágrafo segundo (2°), que subroga el art. 2 de la ley 590 a su vez modificado por la ley 905, transitoriamente y mientras se expide la reglamentación de dicho artículo 43 por parte del Ejecutivo, las 'Mipymes' se siguen definiendo por lo preceptuado en el artículo 2° de la ley 590.
4. El día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en “virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013” en la que, básicamente, se reitera en su posición arguyendo que para la determinación de la calidad de mipymes se ha fundado en el art. 2 de la ley 590.

## NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA NOCIÓN MIPYME

### LEGAL:

Como se dijo en el hecho segundo, y apreciable en el cuadro que más adelante se verá, La definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por diferentes legislaciones, así: Ley 590 artículo 2° que entró en vigencia el 12 de julio de 2000, Ley 905 artículo 2° y que subrogó el art. 2 de la ley 590 a partir del 2 de agosto de 2004, luego, la Ley 1151 de 2011 artículo 75 que modificó nuevamente el art. 2 de la ley 590 y rigió a partir del 25 de julio y, finalmente y actualmente vigente, la Ley 1450 artículo 43 que subroga o modifica, otra vez, el art. 2 de la ley 590 de 2000.



A continuación se ilustra comparativamente el cambio normativo que ha sufrido la definición de las Mipymes con la normativa mentada:

*Nota: el cuadro comparativo se anexa como documento adjunto al presente oficio*

**REGLAMENTARIA:**

También se ha referido al tema de las 'Mipymes' en el Decreto 734 de 2012 en los siguientes artículos, con los que se observan que la norma vigente sobre la materia es el artículo 43 de la ley 1450:

**Artículo 4.1.1. Promoción del desarrollo en la contratación pública y los beneficios que otorgará el Gobierno Nacional para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes).** *Por medio del presente decreto se establecen las pautas para que en los procesos de contratación que adelanten las entidades públicas se fijen condiciones preferenciales y convocatorias limitadas a Mipymes, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011; **beneficios que se aplicarán, dependiendo de su tamaño empresarial, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011.***

**Artículo 4.1.2. Convocatoria limitada a Mypes.** *En los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la convocatoria se limitará exclusivamente a Mypes (micro y pequeña empresa), siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos: [...]*

**Parágrafo 3°. De conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 y las normas que lo reglamente, se seguirán los criterios allí establecidos para determinar las micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de poder acceder a los beneficios o condiciones preferenciales de cada una de ellas.**

Además, acá se observa, que el artículo 4.1.4 para Mipymes (micro ,pequeña y mediana empresa), este ya hace referencia a Mypes (micro y pequeña empresa), lo cual quiere decir que el decreto 734 reglamenta la combinación de dos factores: trabajadores y activos , de acuerdo a lo anterior, lo que la ley 1450 del 2.011 y la ley 590 del 2.000 tienen como propósito que la Mypimes se diferencien de las grandes empresas ; por lo tanto nuestra respuesta al decreto establece las Mypes por lo tanto también pueden haber micro y mediana empresa . Las Mypes son para convocatorias , que limitan a las Mipymes, es decir que con la actual condición que está colocando la ANI en su pliego de condiciones están desconociendo las Mypes que son micro y pequeña empresa

Por ello se esta violentado la ley y el decreto 734 ,porque la figura de Mypes existe en el ordenamiento jurídico . Se tiene una Mypes pero igualmente por analogía jurídica o estructura jurídica también deben ser aceptadas ,las micro y mediana empresa o las pequeñas y mediana empresa. La primera combinación que esta reglada, que es micro y pequeñas (Mypes), esta violación a la norma jurídica es ilegal.

La connotación de micro y pequeña empresa ya está arreglada en el artículo 413 , por lo cual estas Mypes tienen el derecho , entonces por construcción jurídica se tienen las siguientes combinaciones: Micro y pequeña empresa, micro y mediana empresa y pequeña y mediana empresa , que se diferencian de las grandes empresas.

Estas tres Connotaciones están cumpliendo con lo que dice la Ley 905 de 2004, porque cumplen con el factor de los trabajadores como Micro o pequeña o de otro modo como micro o mediana. Las mypes están dentro de las Mypimes

La Entidad si esta equivocada en sus políticas deben investigar quien las hace. Con esto se lograra que se acepten las Mypes.

Si la entidad quiere establecer políticas dentro de su facultades discrecionales , lo que si puede es que las Mypime tenga por lo menos el 25 % de la experiencia general

Y con base en el proyecto de decreto versión 6 , donde las Mypimes deben tener minimo y el 25% de la experiencia general , no habilitante.

#### **.JURISPRUDENCIAL:**

Sobre la definición de las 'Mipymes', ha de tenerse en cuenta lo dicho por la jurisprudencia al respecto en la sentencia del 23 de mayo de 2012 del Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. (Sección Tercera), C.P.: Gil Botero, Enrique. Expediente 40743, única que se ha pronunciado sobre la materia, a propósito de la demanda del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 en el que se incluyó como criterio de desempate la preferencia a quienes tienen calidad de mipymes respecto de los que no la tienen, y expresa:

*“Para que una unidad de explotación económica tenga la connotación de Mipyme, es necesario que responda a dos parámetros: el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y los activos totales con los que cuenta. Así, la ley señala: 1. La mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o que tenga unos activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria; 2. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o que tenga activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos legales vigentes, y; 3. La microempresa es aquella que no tiene una planta de personal superior a 10 trabajadores o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales. Se trata entonces de una ley que pretende el fomento de empresas que por su tamaño o capacidad económica no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas industrias que se caracterizan por tener a su disposición amplios recursos tanto materiales como humanos. (Las negrillas son nuestras).*

Como se puede observar, la misma jurisprudencia repite lo que la ley requiere o entiende por Mipyme, es decir, no exige que una Mipyme cumpla los requisitos de manera conjunta o simultánea sino que puede cumplir con uno de los requisitos. Se decide la acción de nulidad interpuesta por los actores contra el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 del 9 de julio de

2010, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.”

Así mismo, en cuanto a la creación, operación, mecanismos legales y acceso a los mercados por cuenta de las mipymes dijo en la misma sentencia la corporación:

*La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano; 3. El acceso a mercados financieros, y; 4. La creación de unidades empresariales (...)* **Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la competencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben:** 1. **Desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa** y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente a la preferencia de normas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales.

### **CONCEPTOS<sup>1</sup>:**

La información de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre la noción de tamaño empresarial de las Mipymes ha dicho:

*“En Colombia, y mientras se reglamenta el artículo 43 de la [Ley 1450 de 2011](#), los parámetros vigentes para clasificar las empresas por su tamaño son las siguientes ( [sic] artículo 2º de la [Ley 590 de 2000](#), modificado por el artículo 2º de la [Ley 905 de 2004](#)). Disposición que exige el cumplimiento de las dos condiciones de cada uno de los tipos de empresa.*

#### *Microempresa*

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores

b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

#### *Pequeña empresa*

<sup>1</sup> En <http://www.mipymes.gov.co/publicaciones.php?id=2761>

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores.
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

*Mediana empresa*

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores.
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Además, dice el Ministerio que: "Según el Memorando Oj -1568 del 25 de mayo de 2012 de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio Industria y Turismo

*"Definición de las Micro Pequeña y Mediana Empresa, en aplicación del párrafo 2o del artículo 43 d la ley 1450 de 2011 en los siguientes términos.*

Debe observarse que La ley 1450 de 2011 dispuso en el Parágrafo 2o de su artículo 43 que: "Las definiciones contenidas en el artículo 2o de la ley 590 de 2000 continúan vigentes hasta entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo".

Por ello y mientras no se reglamente el artículo 43 de la ley 1450 de 2011, deberá estarse a las definiciones contempladas en el artículo 2o de la ley 905 de 2004, en las cuales se refiere de manera exclusiva a la " Mediana Empresa pequeña Empresa y Microempresa" lo anterior, en aplicación a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 43 de la ley 1450 de 2011"

### TRES ALTERNATIVAS A MANERA DE ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. **Dentro de la 'línea oficial' que arguye se debe dar aplicación al art. 2 de la ley 590 a su vez modificada por la ley 905 de 2004, efectuar una Corrección en la interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000 para evitar una Violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa por indebida interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000 y violación a los principios de la Actuación y Función Administrativa.**

Como ya se había dicho en los hechos, el día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en "virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013" en los siguientes términos:

*Se le aclara al interesado que el criterio de desempate relativo a la calidad de Mipymes previsto en los numerales 5.1.2 y 5.1.3 del pliego de condiciones se incluyó en este documento con fundamento en el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004, que al tenor literal expresa:*

[...]

*De la disposición legal transcrita se desprende que debe considerarse Mipymes toda unidad de explotación económica que responda a dos de los criterios previstos en la misma clasificación.*

*Es decir, y a título de ejemplo si algún proponente pretende acreditar a calidad de Mipymes referido a la clasificación de Microempresa deberá tener una planta de personal no superior a los diez trabajadores y activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley. En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.*

Teniendo en cuenta los hechos de este libelo y la respuesta de la entidad descritos supra, ahora bien, si se analiza la definición actual de Mipymes, tenemos que decir a la luz del ordenamiento jurídico vigente, que la contenida en el artículo segundo (2) de la ley 590 y modificada por la ley 905, por disposición del Parágrafo segundo del artículo 43 de la ley 1450, es la siguiente:

*“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:*

*1. Mediana empresa:*

*a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o*

*b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*2. Pequeña empresa:*

*a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o*

*b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,*

*3. Microempresa:*

*a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,*

*b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes". (las negrillas son nuestras)*

Por tanto, si analizamos la definición anteriormente dada de lo que se entiende por 'Mipymes', tenemos que decir, en una lectura integral de la norma y conforme a los criterios de interpretación del Código Civil que supletivamente rigen la materia, que una 'Mipyme' es la que responda a dos de los siguientes parámetros: planta de personal no mayor a doscientos (200) trabajadores y activos totales que no sean superiores a treinta mil (30.000) SMMLV. Por tanto, de recordarse, los artículos 27, 28 y 30 del Código Civil, esto es, que debe interpretarse la norma, en su contexto, en su sentido natural y obvio, y sin desatender su tenor literal por ser su sentido muy claro.

Luego, como se puede observar en lo dispuesto por la norma, cuando esta dice que una 'Mipyme' es "la que responda a dos de los siguientes parámetros", refiere a los parámetros contenidos en los numerales 1, 2 y 3 (mediana, pequeña, y microempresa), y además si se mira la formación semántica de la norma, se puede ver que los requisitos exigidos por la misma son alternativos más no simultáneos, es decir que la empresa considerada 'Mipyme' puede responder indistintamente a dos de los siguientes parámetros: planta de personal o activos, más no conjuntamente los dos. Y es así, porque la norma claramente lo ha permitido que sea planta de personal o activos como criterios auxiliares indistintos para determinar la calidad empresarial. **ha de tenerse en cuenta que la norma en su construcción semántica incluye la letra "o", como criterio disyuntivo, más no conjuntivo como lo ve la ANI, lo que indica por cuál criterio se puede optar para determinar en qué categoría se encuentra una empresa.** Luego, no es tan cierto que sean simultáneamente los dos parámetros o requisitos para entender qué es una 'Mipyme' lo que exige la ley; es decir, una 'Mipyme' puede ser aquella empresa que tenga una planta de personal de mediana empresa pero un activo de pequeña empresa o, en otro ejemplo, puede ser también una empresa que tenga planta de personal de microempresa y un activo de pequeña o mediana empresa.

Volviendo entonces a la definición de 'Mipymes' dada por la ley 905 y contrastada con los pliegos de condiciones, no puede el pliego de condiciones exigir lo que no está en la ley, puesto que viola el principio de legalidad y contraviene el principio de buena fe que debe tener en cuenta los servidores públicos y las entidades públicas en sus actuaciones administrativas, toda vez, que están interpretando indebidamente la normatividad legal, esto es, sobreponiendo un acto administrativo sobre la ley lo cual no puede ser porque jerárquicamente es la ley superior a un acto administrativo.

Como se ha dicho, la ley no exige que simultáneamente se aplique los dos criterios basta con tener uno de ellos para ser considerado Mipyme, es más, lo que busca la norma y, de hecho, hay que tener presente, es que los dos requisitos, aunque no simultáneamente en la misma categoría, convaliden de que efectivamente se trata de un Mipyme, es decir, que se contega un número de empleados dentro del rango Mipymes y un número activos dentro del rango de Mipymes, cosa distinta sería que estuvieran alguno de los dos criterios, o incluso los dos, por fuera de rango que

pide la ley, lo que obviamente ya no sería o no se podría considerar como una Mipyme; de lo contrario nos preguntamos, ¿qué pasaría entonces con el proponente o la empresa que tiene un número empleados que se ubica dentro del criterio de pequeña empresa pero con un número de activos que se ubica dentro de mediana empresa? o, así mismo, ¿un número de empleados que se ubica dentro de microempresa pero un valor o número de activos que se ubica dentro de pequeña empresa? Luego, si nos acogemos a la conceptualización rígida, estrecha y excluyente del pliego de condiciones, que incorpora la agencia nacional de infraestructura, habríamos de decir que entonces ninguna empresa de estas que se encuentra en esta situación podría ser considerada como Mipyme, obviamente tampoco como empresa de gran escala, en conclusión, no sería ninguna clase de empresa y no podría ser catalogada como empresa en cualquiera de los criterios dados por la ley.

Por las razones anteriores, consideramos que la definición de Mipymes dada por la agencia nacional de infraestructura en el pliego de condiciones no es procedente con la política y mandato legal, además, **resulta inadmisibile su postura así expresada y que funda en la que considera ser la correcta interpretación del art. 2 de la ley 590 cuando dice: *Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley.* En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, Por otro lado se resalta, **que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.** (Las negrillas son nuestras).**

Y decimos que es inadmisibile, primero, porque desconoce la entidad sus propias palabras que rezan “**mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley**” cuando precisamente está haciendo lo contrario y, segundo, porque **afirmar que ha sido política de la entidad dar la interpretación en comento al art. 2 de la ley 590 con su modificación por la ley 905, es tanto como decir, coloquialmente, ‘que como las cosas se han venido haciendo mal, entonces, es posible seguir las haciendo mal’.** Así, y valga la analogía, de ser esa la posición de la entidad para el manejo de todos sus asuntos, no debería haberse aceptado la observación de la modificación de la minuta del contrato contenida en los pliegos del proceso VJ-VGC-CM-008-2013, con la cual se excluyen de la misma las cláusulas excepcionales o exorbitantes por no contarse con la autorización legal y, por el contrario, deberían seguir elaborando como lo han venido haciendo, dichos contratos.

Además, con esta postura estaría impidiendo su acceso a los procesos de licitación al poner requisitos o trabas innecesarias y que no están en la ley con lo cual dificulta su presentación y participación en los procesos de contratación. Con ello, se estarían vulnerando los mandatos legales en ese sentido como el artículo 32 de la ley 1450 y el título cuarto del decreto 734 de 2012. De hecho, **no se entiende como la Agencia Nacional de Infraestructura, resulta ser la única entidad del país con una posición equívoca e interpretación errada de la norma contenida en el art. 2 de la ley 590 y, aún así, considere tener la razón.** Al efecto, baste entrar al SECOP y analizar los distintos pliegos de condiciones de las más variadas instituciones donde se observa que los

criterios para determinar que se entiende por Mipymes no son del estilo restrictivo que está planteando la A.N.I. en sus pliegos.

Así las cosas, lo estipulado en el pliego de condiciones (numeral 5.2.3.) ha de tenerse como **ineficaz de pleno derecho**, esto es, **por no escrita y que no produce efecto vinculante alguno** para las partes, **por ser contraria a la previsión normativa** de la ley 80 de 1993 (art. 24, num. 5, lit. f), y **por contravenir expresamente lo estipulado en el literal d) del mismo artículo que reza: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”** (el subrayado es nuestro).

Además, la postura asumida por la entidad, esto es, interpretar de forma errónea e indebida el artículo 2 de la ley 590, contraviene el *principio de legalidad* que deben observar los funcionarios y las entidades públicas, no sólo porque no tiene en cuenta la propia ley como tampoco el artículo 23 de la ley 80 y los artículos 1º y 2º del C.P.A.C.A.

Es por todo lo anterior, que insistimos se modifique o articule en el pliego de condiciones la definición de Mipymes, de acuerdo a la normatividad vigente y de esta manera permitir ser un puente o un medio para el desarrollo de la promoción de la pequeña y mediana empresa y no un obstáculo para la consecución de las políticas nacionales y así evitar una violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa por indebida interpretación del artículo 2º de la ley 590 de 2000 y violación a los principios de la Actuación y Función Administrativa.

***II. La norma vigente para definir qué se entiende por mipyme y, por tanto, utilizable como criterio para su clasificación es únicamente la ley 590, por disposición expresa de la ley 1450, art. 43.***

Explicar con cuadro.

***III. Teniendo en cuenta que el art. 43 de la ley 1450 modificó el 2 de la ley 590, pero, el art. 276 de la ley 1450 deroga expresamente el art. 2 de la ley 590 y conforme a los criterios de derogación de las leyes y solución de antinomias y con fundamento en el art. 14 de la ley***

2.Solicitan a la ANI la revisión del numeral 4.10.2.14 del Pliego de Condiciones, en cuanto a la *Experiencia General vs Experiencia Específica*, de acuerdo con lo siguiente:

***IV. Observación respecto a los requisitos de experiencia indicados en el numeral 4.10.2.14.***

El pliego dice: (leer y citar)

En el artículo 227, decreto 734 , valoración de la experiencia específica del proponente. tenemos que ya dice la manera de habilitar un proponente y es con la experiencia general luego, la experiencia específica es la ponderable . Ahora bien, la ley 1150 establece, el artículo 15 permite trasladar la experiencia.

El decreto 734 , cuando habla del registro único de proponentes, hace referencia a la experiencia probable y de la experiencia específica que es la acreditable. Para la experiencia probable serán 5 años y la experiencia a certificar será la de los integrantes. En el caso de las empresas que se escindan o fusionen la experiencia certificada será la de los socios que se escindan o se fusionen, conclusión la ley esta por encima del decreto; en el registro único de proponentes hay una ambigüedad en el numeral 1 y el decreto. En el número 1 en el que habilita.

En el numeral 6223 del registro único de proponentes, que hace referencia al procedimiento para la verificación de los requisitos habilitantes de los consultores, las empresas tienen 5 años para llevar la experiencia probable ,pero ha de recalcarse que para la experiencia acreditada , se determinara en el caso de las personas jurídicas (numeral 12 ) mediante la acreditación de máximo sus 10 mejores contratos ejecutados desde la adquisición de la personería jurídica .

En teoría procede lo que dice la ANI es habilitante no específica , pero se debe ir a concurso méritos y en ella habla de la experiencia general, la relevante y suficiente en las áreas requeridas con el objeto a contratar y habla de estructura de organización del interesado, recursos técnicos y humanos , entre otros temas . En el proceso de selección, artículo 3343, que habla de los criterios de evaluación de las propuestas técnicas para los concursos de méritos , las entidades poseen facultades discrecionales. Dentro de las necesidades de la entidad se valora la idoneidad de los proponentes en “exceso” de la mínima habilitante; entonces al proponente le deben reconocer una experiencia habilitante y después la entidad le tiene que valorar una experiencia adicional en exceso a la mínima habilitante, lo cual la define como específica , porque es diferente a la habilitante.

El código del comercio dice que cuando una empresa tiene control sobre otra podrá trasladarle la experiencia de la matriz. Dentro de la ley 1150 , el artículo 2 habla de las modalidades de selección y el numeral 3 hace referencia al concurso de méritos, así de esta manera se podrá establecer los criterios de experiencia , entre otros temas . Con base en el artículo 5 , de la selección objetiva , la entidad podrá usar criterios de experiencia específica y del equipo de trabajo conforme lo señala el reglamento, que es el decreto 734 . No es facultad discrecional del pliego de condiciones valorar que es ponderable y cual es la experiencia específica

Al caso anterior se debe aplicar el criterio de especificidad de la norma, es decir prevalece la norma posterior o ultima sobre la anterior. Eso es criterio subjetivo de un funcionario, no es legal, si se continua con esto vician el proceso de selección y se procederá a la nulidad de los respectivos contratos que se suscriban de forma indebida.

### **CONCLUSIONES:**

Violación al principio de legalidad, porque los funcionarios no pueden actuar por fuera de la ley, especialmente por *aplicación indebida e interpretación errónea de la norma* (art. 137 del C.P.A.C.A.), por tanto, la postura de la ANI (el contenido del pliego de condiciones respecto de lo que se entiende por Mipyme) debe ser considerado ilegal y carente de validez, luego, debe tenerse como una cláusula ineficaz de pleno derecho (cf. Art 24 L.80).

Es la conformidad de los actos de la entidad con el ordenamiento jurídico en general, y el sometimiento de los funcionarios y la entidad al derecho, además, en virtud de los principios constitucionales y de la función administrativa que irradian el proceso de contratación, el funcionario no sólo debe observar el cumplimiento de la norma (ley 1450 o ley 590 según corresponda), sino que debe velar por el cumplimiento de los fines de la misma ley, esto es, promover la participación y acceso al mercado de la mipymes, aplicando e interpretando en debida forma la ley (ya sea el art. 2 de la ley 590 o el art. 43 de la ley 1450) porque de lo contrario se rompe el principio y la presunción de legalidad del pliego de condiciones y del proceso mismo.

La consecuencia sería, de seguir manteniendo la entidad esta posición, la eventual declaratoria de nulidad de este proceso de selección en atención al num. 4 del art. 44 de la ley 80, precisamente por ser una de las causales de nulidad del contrato el que se declare la nulidad absoluta de los actos en que en que se haya fundado (como lo es el pliego de condiciones). Por ello insistimos, que la indebida interpretación y aplicación del art. 2 de la ley 590 o del art. 43 de la ley 1450 que está haciendo la ANI, puede conllevar a la anulación del acto administrativo (pliego de condiciones) en concordancia con el art. 137 del nuevo C.P.A.C.A. por violarse la ley como norma superior y por desvío de poder por no corresponder el acto con la finalidad de la ley y es así, porque la entidad aunque actuando con las formas legales y dentro de sus competencias, está imponiendo su parecer con un fin opuesto al del art. 2 de la ley de la ley 590 o del art. 43 de la ley 1450, y debe recordarse que la conducta de la administración es regida por los fines de la ley más no la voluntad del funcionario máxime cuando lo que dispone no hace parte de su facultad discrecional.

Con todo, y en gracia de discusión, respetuosamente sugerimos a la A.N.I. se realice la suspensión del proceso de selección y contratación en curso, para que pueda ser ajustado a derecho, evitando así viciar el mismo, puesto que de continuar como se viene desarrollando podría conllevar finalmente a la nulidad de los actos del proceso y del futuro contrato. Además, teniendo en cuenta que únicamente las entidades estatales pueden elevar peticiones a la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, respetuosamente solicitamos a la Agencia Nacional de Infraestructura se sirva consultar a dicha corporación sobre el alcance e interpretación, así como

su vigencia, de la definición contenida en el artículo 2 de la ley 590, así mismo, se pide a la Dirección de micro, pequeña y mediana empresa –mipymes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Consejo Superior de la Microempresa y al Consejo de la Pequeña y Mediana Empresa, conceptúen sobre el particular planteado en esta observación, en cuanto a la vigencia, aplicación y definición de la normativa que refiere a las Mipymes.

**V. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR COPEBA LTDA (Andrea Peña Sánchez):**

1. *Solicita aclarar con base en cual información se diligencia el formato en cual se registra el Co - Capacidad de Organización, con base en la información del RUP? o con base en el personal que se tiene en el mes en que se presenta la propuesta?*
2. *Solicita aclarar a que se refiere el requisito establecido al final del numeral 5.1.1.13, el cual indica lo siguiente: “(...) Esta regla será aplicable tanto para la determinación del valor de la transacción como el del cierre financiero, según corresponda.”*

*El numeral 5.1.1.13 del 5.1.1.1 REGLAS ESPECIALES DE ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA ESPECÍFICA, señala:*

*5.1.1.1.13 En caso de contratos acreditados mediante experiencia en estructuras plurales anteriores, se evaluarán de la siguiente manera: (i) si el porcentaje de participación en la estructura plural anterior fue igual o mayor al treinta por ciento (30%), se tendrá como válido el cien por ciento (100%) de dicha experiencia, (ii) si el porcentaje de participación en la Estructura Plural Anterior fue menor al treinta por ciento (30%), se tendrá en cuenta la experiencia en forma proporcional al porcentaje de participación que se haya tenido, para todos los efectos. Esta regla será aplicable tanto para la determinación del valor de la transacción como el del cierre financiero, según corresponda.*

**VI. ICEACSA. (Daniel Prados – Andrés Gómez):**

*Los asistentes a la presente Audiencia por la Firma mencionada manifiestan no tener observación alguna.*

**VII. OBSERVACIÓN PRESENTADA POR INGEOCIM LTDA. (Liliana Rincón):**

1. *Solicita aclarar respecto al capital real y el capital de trabajo, los demás proponentes “deben” aportar según el porcentaje % de participación en este proceso, o si el integrante líder cumple con lo solicitado, es válido?*



2. *Solicita aclarar si el número del personal para Co - Capacidad de Organización, es el certificado en el RUP o es el personal que se tenga a la fecha del cierre del presente proceso?*
3. *Solicita a la ANI, teniendo en cuenta que la entidad da respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas al Pliego de Condiciones hasta el 15 de julio, y el cierre es el 19 de julio, prorrogar la fecha del cierre.*

**VIII. OBSERVACIÓN PRESENTADA POR SERVINC LTDA. (Aura Sepúlveda – Andrea Caicedo):**

1. *Solicita confirmar si se aceptan dentro de la experiencia general Contratos de Interventoría a Concesiones Viales, sin importar que estos no se incluyan en la Experiencia Especifica, ya que el pliego requiere contratos de Interventoría a Proyectos de Infraestructura Vial y entendemos que Interventoría a Concesiones Viales son Proyectos de Infraestructura Vial.*

Finalizada la intervención de los asistentes a la audiencia, se les informa que en consideración a que las observaciones planteadas requieren ser analizada por diversas áreas de la Entidad, se procederá a preparar la respuesta correspondiente, las cuales serán dadas a conocer a través del SECOP.

La presente acta se firma a los nueve (9) días del mes de julio de 2013.

(Original firmado por)

**WILMAR DARIO GONZALEZ BURITICA**  
Gerente de Contratación  
Vicepresidencia Jurídica