

## **CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral**

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

## **PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86**

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

## **REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58**

Los sujetos pasivos –es decir, los afectados por lo dispuesto en el artículo– son los proponentes –incluidos los consorcios y uniones temporales, por la situación de alguno de sus integrantes– a quienes «[...] se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, tal como se explicó en apartados anteriores de este concepto. Así pues, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de

Compartido por:



Colombia Compra Eficiente

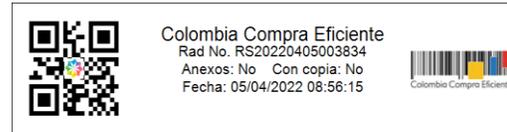
declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.



Compartido por:



Bogotá D.C., 05/04/2022 08:56:15



Señor  
Bogotá, D.C.

### Concepto C – 162 de 2022

**Temas:** CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58.

**Radicación:** Respuesta a consulta # P20220221001703

Estimado señor Aguirre:

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 su consulta del 18 de febrero del 2022.

### 1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022:

«1. A efecto de dar aplicación de lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, agradezco resolver los siguientes interrogantes.

»A. De los señalados a continuación, ¿cuál es el documento válido para evidenciar y sustentar que el acto administrativo que haya impuesto una o más multas o haga efectiva cláusula penal es objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan?



»1.1. ¿El Auto que admite la solicitud de conciliación extrajudicial emitido por la procuraduría General de la nación, en su condición de requisito de procedibilidad para iniciar la acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

»Lo anterior en los términos: Ley 1437 de 2011 Capítulo II. Requisitos de Procedibilidad. ... (...) ARTÍCULO 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales... (...).

»1.2. ¿La constancia de radicación de la demanda ante la oficina de reparto del distrito judicial competente?

»1.3. ¿El auto admisorio de la demanda?

»1.4. Otro, ¿cuál?

»2. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195 ¿El Auto que admite la solicitud de conciliación, la constancia de radicación de la demanda ante la oficina de reparto del distrito judicial competente, el auto admisorio u otro - según lo que se responda a la pregunta # 1 - deberá ser anterior a la fecha de cierre del proceso? Es decir, si uno u otro se produjo con posterioridad al cierre del proceso y al vencimiento del plazo de subsanación ¿la entidad debe aplicar la reducción de puntaje dispuesta en el artículo 58 de la Ley 2195?

»3. Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1150 y en la medida que la entidad solo debe solicitar “aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, para efectos de aplicar lo dispuesto el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 que versan respecto de asuntos susceptibles de puntaje, la entidad debe solicitar algún tipo de aclaración en relación con las eventuales multas o cláusulas penales que el contratista presente durante el último año o bastará con la verificación de oficio que haga en los respectivos aplicativos para proceder al descuento previsto en la norma?

»4. En cualquier caso, ¿el proponente podrá de oficio, una vez constate que la entidad efectuó la reducción del puntaje de que trata el artículo 58 de la Ley 2195, acreditar que los actos administrativos que hayan impuesto las multas son objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan y la entidad estará en la obligación de ajustar la evaluación aplicando lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195?

»5. De acuerdo a lo señalado en el párrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 el cual establece que “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la

propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, anteriormente señalado. (...)"

»¿Es susceptible de subsanación por parte del proponente el hecho de habersele impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año durante el termino de traslado de la evaluación?».

## 2. Consideraciones

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) procedimiento administrativo sancionatorio contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y iii) alcance de la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales, establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021 y C-528 del 5 de abril de 2021, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Asimismo, en los Conceptos C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2022, así como en el Concepto C-061 del 8 de marzo de 2022, analizó el alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, complementándolas con la interpretación de la norma que suscita las inquietudes del petionario.

### 2.1. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Durante la ejecución de los contratos las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –

artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, se destaca la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

[...] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado<sup>1</sup>.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P.

Los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el «incumplimiento», ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato, y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, deben acreditarse requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se explicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado.

Así, dentro de los requisitos de orden legal que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella. Es cierto que las entidades estatales, como directoras de la ejecución del contrato, deben estar al tanto del grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, en la medida de lo posible, no deben permitir que el incumplimiento avance o se torne más gravoso. Para ello, pueden pactar en el contrato y hacer efectivas, si es el caso, tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria. Pero de lo dicho no puede concluirse que sea un requisito de la caducidad la imposición previa de una multa, pues además de que el incumplimiento grave del contrato –que es presupuesto de la caducidad– puede presentarse *ipso facto*, es decir, sin que se evidencien antecedentes de incumplimientos parciales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite decretar directamente esta cláusula excepcional, respetando el debido proceso.

Aunque la caducidad y la terminación unilateral comparten la característica de ser cláusulas excepcionales que conducen al cese de la relación contractual, entre ambas hay diferencias importantes. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad es una *sanción* que solo procede «[...] si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización» y que genera una inhabilidad para contratar con una vigencia de cinco (5) años, de acuerdo con el artículo 8, numeral 1, literal c) de la Ley 80 de 1993. En cambio, la terminación unilateral anticipada del contrato puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son: i) razones de servicio público o de orden público, ii) muerte o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra

del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

De otro lado, un caso especial de terminación unilateral del contrato se encuentra previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que obliga a las entidades estatales a terminar el contrato, mediante acto administrativo, cuando se configure alguna de las causales de nulidad absoluta indicadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del Estatuto General, es decir, i) cuando el contrato se haya celebrado con personas afectadas por inhabilidades o incompatibilidades, ii) cuando el contrato se haya perfeccionado contraviniendo una prohibición legal o con desviación de poder y iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en los que se fundamente la celebración del contrato.

Puede concluirse entonces que, en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, mientras la caducidad es una sanción contractual, la terminación unilateral no reviste carácter sancionatorio por inobservancia de los compromisos del contratista. En otras palabras, no es una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones durante la ejecución del contrato estatal, sino que se trata de una cláusula excepcional que le permite a las entidades estatales salvaguardar los fines a los que atiende la celebración y ejecución del contrato. En consecuencia, así como en relación con la caducidad se explicó que no es un requisito legal la imposición previa de las multas, con mayor razón tampoco lo es para declarar la terminación unilateral, porque ni es una sanción ni es la consecuencia del incumplimiento de obligaciones durante la ejecución del contrato.

Por tanto, de lo anterior se desprende que tampoco es necesario surtir el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la terminación unilateral, porque esto no se encuentra dentro de los supuestos que determinan el ámbito de aplicación de dicho procedimiento, de acuerdo con el primer inciso de dicho artículo. Por ende, al no ser una sanción por la inejecución o ejecución inadecuada del contrato, ni el resultado de un incumplimiento, y toda vez que también debe garantizarse el debido proceso, para declarar la terminación unilateral las entidades estatales deben adelantar el procedimiento administrativo común o general regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011. Esto en virtud de la remisión efectuada por el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a «[...] las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa» y del principio de subsidiariedad consagrado en los artículos 2 y 34 de la Ley 1437 de 2011, que establece que el procedimiento administrativo común o general se aplica cuando no existan normas especiales que regulen el trámite en sede administrativa.

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a

las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato<sup>2</sup>. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder<sup>3</sup>.

De igual forma, en otra oportunidad el Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso»<sup>4</sup>. De otro lado, la Corte Constitucional<sup>5</sup> precisó que la

---

<sup>2</sup> Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 16.367. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 17.009.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>6</sup>, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato»<sup>7</sup>.

Estudiadas las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral, así como la potestad de *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar algunos aspectos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

## 2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento [...]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento».

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»<sup>8</sup>. A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>9</sup>. De ahí que las entidades de *régimen especial*<sup>10</sup> en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este<sup>11</sup>. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>9</sup> Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]».

<sup>10</sup> Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

<sup>11</sup> Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C-434 del 29 de julio de 2020.

perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
- c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
- d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior

debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos<sup>12</sup>.

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente<sup>13</sup>.

Los anteriores comentarios acerca del procedimiento administrativo sancionatorio permiten precisar que el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplica durante la etapa *contractual*, es decir, a los incumplimientos y –como derivación de estos– a las sanciones que la entidad estatal pretenda decretarle *al contratista*. Esto se deduce de la redacción de la mencionada norma, que, en el primer inciso y en el literal a), disponen

---

<sup>12</sup> La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

»Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

»La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

»Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto».

<sup>13</sup> En este sentido, Suárez Tamayo indica: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165).

que dicho procedimiento se debe adelantar para «imponer las multas y sanciones pactadas *en el contrato*» y que a quien la entidad estatal debe citar a la audiencia es al «*contratista*» (énfasis fuera de texto). Por consiguiente, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no se debe aplicar para expedir actos de gravamen durante el procedimiento precontractual, pues en esta etapa ni hay contrato, ni, en consecuencia, contratista. Pero esto no significa que las decisiones desfavorables para el proponente no deban estar revestidas de la garantía constitucional del debido proceso, como se explica a continuación, en referencia a la medida dispuesta en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

### **2.3. Alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022: reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales**

La Ley 2195 de 2022, como dispone en su artículo 1, «[...] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubican los artículos 50 al 58, que, en su conjunto, regulan los siguientes aspectos: i) el registro de la contabilidad, por parte de los contratistas del Estado obligados a ello, que ejecuten recursos públicos –artículo 50–, ii) la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los contratos de alimentación escolar –artículo 51–, iii) las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados con el objeto señalado anteriormente –artículo 52–, iv) el deber de las entidades que cuentan con un régimen contractual especial, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II –artículo 53–, v) la nueva causal de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios *no* uniformes de común utilización –artículo 54–, vi) la obligación de adoptar el modelo de autoevaluación periódico para los sujetos obligados a implementar políticas de transparencia y ética empresarial –artículo 55–, vii) la aplicación de los documentos tipo a entidades con régimen especial –artículo 56–, viii) la obligación, radicada en los revisores fiscales, de denunciar los actos de corrupción –artículo 57–, y ix) la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos –artículo 58–.

La consulta que se estudia en esta oportunidad tiene que ver, precisamente, con el último aspecto señalado, es decir, con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Conforme con el trámite legislativo, este artículo «busca que la competencia por el mercado de los contratos públicos tenga como variable los antecedentes contractuales de los proponentes,

generándose incentivos para la calidad en los servicios y bienes provistos»<sup>14</sup>. Por ello, esta disposición se refiere a la reducción de puntaje durante la evaluación de las ofertas al proponente que se le haya impuesto una o más multas o cláusulas penales, prescribiendo lo siguiente:

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación, exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

Parágrafo primero. La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo segundo. La reducción de puntaje por incumplimiento de contratos se aplicará sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020.

Como puede advertirse, esta disposición contiene las reglas que, a continuación, se explican:

i) Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –no las entidades exceptuadas de este o que tienen un régimen especial de contratación– deberán, por regla general, aplicar la reducción del puntaje indicado en el citado artículo 58, en los procedimientos de selección que adelanten.

ii) Sin embargo, el deber de reducción del puntaje, para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto en el artículo que se viene comentando, tiene algunas excepciones. Los supuestos en los que no opera dicha disminución son los consagrados en el primer inciso del artículo 58 –en comentario–, a saber: los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007<sup>15</sup>, en

<sup>14</sup> Informe de Ponencia para primer debate del proyecto de Ley Número 369 de 2021 Cámara – 341 de 2020 Senado. Gaceta del Congreso de la República No. 1677 del 23 de noviembre de 2021. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC\\_1677\\_2021.pdf](http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC_1677_2021.pdf)

<sup>15</sup> Es decir, «La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las

los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido».

iii) La reducción del puntaje, ordenada por la norma, debe practicarse durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual y debe ser equivalente al dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso. Es importante precisar que el artículo no utiliza la preposición *hasta*, ni dice que debe ser, *como mínimo*, una reducción del dos por ciento (2%) de los puntos, sino que establece que ha de ser, exactamente, por este porcentaje.

iv) Los sujetos pasivos –es decir, los afectados por lo dispuesto en el artículo– son los proponentes –incluidos los consorcios y uniones temporales, por la situación de alguno de sus integrantes– a quienes «[...] se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias. Así pues, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad estatal realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

v) En cuanto al período durante el cual debe examinarse la imposición de las multas o cláusulas penales, el artículo 58 dice que es «[...] durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas». O sea que la entidad estatal contratante –que está adelantando el procedimiento de selección– debe verificar si en el último año anterior al cierre –fecha prevista para la presentación de las ofertas– el proponente fue sancionado con multa o cláusula penal pecuniaria. Esto se debe verificar en el Registro Único de Proponentes –RUP–, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, según el cual «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, *multas y sanciones* relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados» (énfasis fuera de texto).

---

mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos».

vi) Si el afectado por la imposición de una o más *multas*<sup>16</sup> demanda la decisión correspondiente, no podrá aplicarse la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58 bajo análisis. Esto es lo que establece el parágrafo 1, al indicar que «La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan»; por ejemplo, si la persona acude al medio de control de controversias contractuales, una de cuyas pretensiones puede ser «[...] que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales», según lo dispone el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Valga aclarar que el artículo 58 no exige que el demandante haya solicitado la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Aunque no exista dicha medida, pero se constata que el acto se demandó, la entidad estatal no puede aplicar la reducción del puntaje prevista en el referido artículo. Es importante destacar que la excepción prevista en el parágrafo frente a la reducción de puntaje solo se estableció en relación con las multas, mas no frente a las cláusulas penales impuestas al contratista, por lo que el legislador optó por realizar una distinción en su tratamiento.

Por otra parte, obsérvese que el artículo en comento es claro en establecer que la reducción del puntaje no puede aplicarse si los actos administrativos que decretaron las multas fueron «[...] objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan» (énfasis fuera de texto). En consecuencia, esta circunstancia solo se presenta si se ha radicado una demanda, haciendo uso de los medios de control regulados en la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del derecho fundamental de *acción* previsto en el artículo 229 de la Constitución<sup>17</sup>. No puede afirmarse que un acto administrativo ha sido «objeto» de un «medio de control» si no se ha interpuesto la demanda. El intento de conciliación *prejudicial* es un requisito previo para demandar, de acuerdo con el artículo 161, numeral 1, de dicho Código<sup>18</sup>. Por

<sup>16</sup> Debe advertirse que el parágrafo 1 del artículo 58 se refiere solo a las *multas*; no a las cláusulas penales. Por tal razón, la posibilidad de eximirse de la reducción del puntaje solo procede por haber demandado los actos administrativos que imponen la *multas*.

<sup>17</sup> Según el cual «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado».

<sup>18</sup> El cual dispone: «La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

»1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

»<Inciso modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, pensionales, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante pida

tanto, quien solo ha hecho la solicitud de conciliación prejudicial aún no ha ejercido su *derecho de acción*, pues todavía no ha acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Incluso, podría suceder que nunca demande porque la pretensión caducó, a pesar de haber intentado la conciliación, caso en el cual el acto administrativo nunca sería objeto de los medios de control<sup>19</sup>.

En este contexto, la excepción solo aplica para los actos administrativos que hayan impuesto multas, lo que excluye a los actos administrativos que hayan impuesto una cláusula penal pecuniaria. Por tanto, para que opere la excepción planteada, la entidad estatal deberá verificar, en primer término, que el acto administrativo corresponda a la imposición de una multa. Por lo demás, los actos administrativos que hayan impuesto multas deben ser objeto de medios de control jurisdiccional a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011. Esto significa que, para efectos de la aplicación de la excepción, únicamente se tendrán en cuenta los medios de control jurisdiccionales establecidos en la Ley 1437 de 2011, verbigracia nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales, etc., lo que descartaría otra acción judicial diferente a estas, como, por ejemplo, la acción de tutela. Lo anterior, sin perjuicio de las decisiones particulares que adopte un juez en procesos diferentes a los regulados por la Ley 1437 de 2011 y que pudieran tener incidencia frente a los actos administrativos que impusieron multas, en el desarrollo de tales procesos judiciales. Por ello, se reitera que la regla especial del párrafo solo aplica cuando «los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional *a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011* o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan» (Énfasis fuera de texto).

En todo caso, surge la siguiente pregunta: ¿cómo debe entenderse la expresión que «sean objeto de medios de control jurisdiccional» incluida en el párrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022? Esta Agencia considera que esta expresión alude a que el acto administrativo que impuso la multa sea materia de discusión mediante cualquiera de los

---

medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

»Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación  
»[...]».

<sup>19</sup> Así lo consagra el artículo 21 de la Ley 640 de 2001: «La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable».

medios de control jurisdiccional determinados en la Ley 1437 de 2011, es decir, que contra este se haya presentado una demanda y se encuentre en trámite el proceso judicial respectivo. Esto debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 179 del CPACA, referente a las etapas del proceso contencioso administrativo, el cual prescribe lo siguiente:

Artículo 179. ETAPAS. El proceso para adelantar y decidir todos los litigios respecto de los cuales este código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial, en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes etapas:

1. La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.
2. La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y
3. La tercera, desde la terminación de la anterior, hasta la notificación de la sentencia. Esta etapa comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento. Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la audiencia de pruebas y podrá dictar la sentencia oral dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

También podrá dictar sentencia oral, en los casos señalados, en las demás audiencias, previa alegación de las partes.

Lo anterior, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 182A sobre sentencia anticipada. Cuando se profiera sentencia oral, en la respectiva acta se consignará su parte resolutive.

De la lectura de este artículo es claro que la primera etapa de los procesos que se adelantan para decidir todos los litigios determinados en la Ley 1437 de 2011 que no cuentan con un trámite especial, inicia con la presentación de la demanda. En este sentido, la Ley 1437 de 2011 reconoce como punto de partida del proceso contencioso administrativo la presentación de la demanda, la cual pone en marcha el aparato jurisdiccional. Como lo expresa la doctrina, la demanda «es el acto procesal mediante el cual se formula la pretensión; en otras palabras: la demanda es el vehículo que utiliza el demandante para introducir sus pretensiones y poner en marcha el aparato jurisdiccional en ejercicio del derecho de acción»<sup>20</sup>.

Por consiguiente, debe entenderse que para que aplique la excepción del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 el acto administrativo que impuso la multa debe haber sido objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues desde este momento se

---

<sup>20</sup> SANABRÍA SANTOS, Henry. Derecho Procesal Civil General. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Junio de 2021. Pág. 439

da inicio al proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del CPACA y se ha puesto en marcha el aparato jurisdiccional. En tal sentido, para efectos del párrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, es viable colegir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo.

Además de lo expuesto, esta postura resulta menos restrictiva para el proponente, en la medida en que la excepción del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 aplicaría desde la instancia inicial del proceso contencioso administrativo y no en etapas posteriores como la admisión de la demanda, el fallo de primera instancia o el de segunda instancia, que suponen estar sujetos a la reducción del puntaje por un plazo mayor. A este respecto, es importante destacar que la medida del artículo 58 es una limitación en relación con la evaluación de la oferta del proponente como consecuencia de una circunstancia particular, por lo que ante varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que represente menor restricción para el derecho de las personas<sup>21</sup>.

Aunado a lo anterior, debe mencionarse que la intención del legislador es excluir del ámbito de aplicación de la reducción del puntaje por incumplimiento a aquellos actos administrativos que hayan impuesto una o más multas que sean objeto de los medios de control jurisdiccional, pues precisamente lo que se debate en la instancia judicial es el contenido de dichos actos administrativos. De esta forma, debe tenerse en cuenta la existencia de una demanda que controvierte estos actos administrativos para efectos de la aplicación de la excepción que trata el párrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, toda vez que con ella se someten estos actos ante la jurisdicción contenciosa para que esta, previo agotamiento del proceso, emita un juicio en relación con las pretensiones del demandante. Desde este momento, entonces, se debate el contenido de estos actos administrativos.

Ahora bien, el párrafo 1 del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no requiere, para desplegar su efecto favorable sobre el proponente, que se haya notificado el auto admisorio de la demanda, ni a la entidad que decretó la sanción o las sanciones, ni a la entidad estatal que busca reducirle el puntaje, pues esta no se encuentra legitimada en la causa por pasiva en dicho proceso contencioso-administrativo, al no ser la parte demandada. Lo que tal párrafo establece es que la reducción de los puntos no se aplicará si los actos que impusieron las multas fueron objeto de los medios de control a través de las «acciones» correspondientes. Así pues, en el evento en el cual el acto administrativo haya sido demandado y aún no se haya notificado el auto admisorio correspondiente, pero el proponente le demuestre a la entidad estatal que ha ejercido su derecho de acción mediante la interposición de la demanda no cabrá la reducción del puntaje.

---

<sup>21</sup> En efecto, de conformidad con el principio *pro libertate* «entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce y el ejercicio cabal del derecho sobre aquella que lo anula o lo restringe». Corte Constitucional. C-445 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.

De esta manera, la presentación de la demanda se constituye en el criterio interpretativo del párrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, de manera que la reducción del puntaje no se aplicará cuando el acto administrativo que impuso la multa haya sido demandado mediante cualquiera de los medios de control establecidos en el Título III de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011. Para estos efectos, al proponente que se le haya impuesto una o más multas mediante acto administrativo y pretenda que se aplique la excepción del párrafo primero del artículo en comento, deberá presentar el documento respectivo que acredite la radicación de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con las normas que rigen la materia. Vale reiterar que únicamente procederá la excepción planteada si la demanda versa sobre el acto administrativo que impuso la multa y se presentó mediante los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011.

En todo caso, esta Agencia considera que si el proponente quiere beneficiarse por el efecto del párrafo 1 del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 debe haber presentado la demanda antes del cierre del procedimiento de selección. Aunque dicho enunciado normativo no lo señala expresamente, aquel debe interpretarse en armonía con el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que impide a los proponentes «acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso», norma que no circunscribe dicha prohibición a los requisitos habilitantes, sino que lo expresa de manera genérica, debiéndose aplicar, por ende, tanto a los requisitos que no otorgan puntaje, como a los de calificación. Además, permitir que un proponente acredite que, *después del cierre del procedimiento*, ha demandado los actos que le impusieron las sanciones sería violatorio

del derecho fundamental a la igualdad<sup>22</sup> de los demás proponentes, porque implicaría un *mejoramiento* de la oferta<sup>23</sup> por parte de quien se afectaría por la reducción del puntaje.

vii) La reducción del puntaje que exige efectuar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, como lo expresa su parágrafo 2, debe aplicarse «sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020»<sup>24</sup>. Esto significa que la disminución del puntaje no riñe

---

<sup>22</sup> La igualdad es un principio de la función administrativa, que, en tal sentido, debe aplicarse en materia contractual, de conformidad con los artículos 13 y 209 de la Constitución. La primera de dichas disposiciones establece 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 de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica». Así lo ha entendido el Consejo de Estado: «El principio de igualdad ha sido recogido por la casi totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundamental del Estado; también está previsto en el artículo 13 como principio y derecho fundamental; y finalmente, está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa.

»[...]

»Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad.

»Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio. Es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretender contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos de realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros.

»Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo; sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como por ejemplo, la selección objetiva, la transparencia, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 39005).

<sup>23</sup> El artículo 30, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a la licitación, prohíbe a los oferentes «completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas».

<sup>24</sup> Esta norma dispone: «En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas».

»Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 50 de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.

»Cualquier controversia o solicitud que surja en relación con los reportes eje información que suministre la entidad contratante, serán resueltos por esta, atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normatividad vigente».

con la verificación de las anotaciones contenidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

vii) Aunque el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 guarda silencio sobre el *debido proceso* que habrá de garantizársele al proponente cuando la entidad estatal pretenda reducirle el puntaje, dicha norma debe interpretarse en armonía con el primer inciso del artículo 29 de la Constitución, el cual dispone que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y *administrativas*» (énfasis fuera de texto). Es decir, el operador jurídico debe realizar una interpretación *conforme* con la Constitución, atendiendo a su carácter supremo<sup>25</sup>. Por ello, la Agencia considera que la reducción del puntaje regulada en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no debería aplicarse *de plano*, sino garantizando, previamente, el debido proceso.

De acuerdo con el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011—aplicable por virtud de la remisión contenida en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993<sup>26</sup>— el debido proceso implica que «las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción». Dicho numeral también establece que «En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in ídem*». Por tanto, si bien la entidad estatal puede acceder, a través de la verificación del RUP, a la información de las sanciones contractuales supuestamente aplicadas al contratista —actual proponente—, debe permitirle ejercer su derecho de defensa.

En virtud de este principio, es posible que el proponente, por ejemplo, le aclare a la entidad estatal que si bien fue sancionado con dos multas, los actos administrativos quedaron en firme hace más de un año —tomando como referencia la fecha de cierre del procedimiento de selección—, con lo cual habría ya pasado el término establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. O también podría demostrarle —aportando alguna prueba— que se materializa el supuesto fáctico consagrado en el parágrafo primero del

---

<sup>25</sup> El *principio de interpretación conforme* con la Constitución —en tanto «norma de normas», en los términos del artículo 4 de aquella— fue explicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-054 de 2016 —expedida con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva—. Al respecto, el alto tribunal sostuvo que «[...] el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que de acuerdo con el principio de interpretación conforme, [...], las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales».

<sup>26</sup> Norma que, en lo pertinente, dispone: «En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil».

referido artículo, para exonerarse de la disminución del puntaje, porque demandó la nulidad de los actos administrativos que le habían impuesto las multas.

No es de recibo, por tanto, el argumento según el cual como al proponente se le efectuó el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 cuando se le aplicaron las sanciones en calidad de *contratista*, ya no debe garantizársele el derecho fundamental al debido proceso cuando actúa como oferente en un procedimiento de selección. Ese argumento se apoyaría en la idea de que la reducción del puntaje podría considerarse un efecto de la sanción ya impuesta, que habilitaría a la entidad estatal a actuar de plano, materializando la consecuencia jurídica. Sin embargo, tal razón desconoce que, como se ha indicado, el debido proceso debe garantizarse en toda clase de actuación administrativa y que el artículo 58 prevé una *nueva* actuación administrativa, que genera un escenario de discusión, en el cual el proponente –que, se insiste, ya no actúa como contratista– podría demostrar que no se presenta el supuesto de hecho para aplicar la disminución del puntaje.

Es importante precisar que la obligación de garantizar el debido proceso en la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es diferente a la regla de la subsanabilidad<sup>27</sup>, como mandato previsto en los párrafos 1 al 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>28</sup>. Si bien coinciden, axiológicamente, en la protección del derecho de

---

<sup>27</sup> Lo invitamos a leer los conceptos disponibles en nuestro sistema de relatoría sobre la *subsanabilidad* de las ofertas en los procedimientos de selección contractual, en especial el concepto de unificación CU-060 del 24 de febrero de 2020, que usted puede descargar aquí: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/CU-060%20%20de%202020>

<sup>28</sup> «Párrafo 1o. <Párrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

»Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

»Párrafo 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

»Párrafo 3o. <Párrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

»Párrafo 4o. <Párrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los

audiencia del proponente, lo cierto es que el debido proceso es un derecho que goza de un mayor alcance. Además, como se ha dicho con anterioridad, antes de tomar la decisión de disminuir el dos por ciento (2%) del puntaje, la entidad estatal debe permitirle al proponente defenderse. No resultaría razonable que, por ejemplo, le reste, de plano, los puntos, y que luego aduzca que el oferente no subsanó o que, en todo caso, no le estaría permitido hacerlo porque se trata de un elemento que otorga puntaje y no de un defecto formal de un requisito habilitante. Como se expuso, el debido proceso debe garantizarse para aplicar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, independientemente de que el efecto de esta norma tenga que ver con la calificación.

Ahora bien, la interpretación doctrinaria que efectúa la Agencia se realiza en el contexto de novedad del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. En consecuencia, no se opone a la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, le otorgue a aquella un alcance diferente.

Finalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la Circular 001 de 2022 precisó que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es una norma de orden público, lo que significa que es imperativa y obligatoria a partir de su expedición, por lo que no puede ser obviada o desconocida en los procesos de contratación<sup>29</sup>. Por lo tanto, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo para los procesos de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán atender la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos en los procesos de contratación que adelanten. Concretamente, en relación con los documentos tipo señaló que:

Al respecto, es importante mencionar que la adopción de estos documentos no exime a las entidades estatales de la obligación de tener en cuenta la normativa y jurisprudencia aplicable a los procesos de contratación, así como de cumplir lo ordenado por sentencia judicial<sup>[5]</sup><sup>30</sup>. En este sentido, las entidades estatales tienen el deber de aplicar las normas vigentes, aunque éstas no estén previstas de forma expresa en los documentos tipo, por tratarse de una preceptiva recién expedida, que pasó a ser parte del ordenamiento jurídico, como es el caso del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, disposición que tiene plena vigencia, pues no está supeditada a ninguna condición para su entrada en vigor.

---

documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».

<sup>29</sup> Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/circulares>.

<sup>30</sup> [Cita propia del original]: «Regla incluida en la Introducción del documento base de los documentos tipo para los sectores de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico y los de infraestructura social».

De acuerdo con las reglas de interpretación del documento tipo, las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen. Esto significa que en el documento en los apartes relacionados con los factores de evaluación se debe incluir la norma contenida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, por expresa disposición de las reglas de interpretación de los documentos tipo.

De acuerdo con lo anterior, en los procesos adelantados con documentos tipo las entidades estatales deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales, en los términos explicados. Por consiguiente, en la Circular 001 de 2022 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente exhorta a la entidades para la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 en los procesos contractuales regidos por documentos tipo<sup>31</sup>.

### 3. Respuesta

«1. A efecto de dar aplicación de lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, agradezco resolver los siguientes interrogantes.

»A. De los señalados a continuación, ¿cuál es el documento válido para evidenciar y sustentar que el acto administrativo que haya impuesto una o más multas o haga efectiva cláusula penal es objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan?

»1.1. ¿El Auto que admite la solicitud de conciliación extrajudicial emitido por la procuraduría General de la nación, en su condición de requisito de procedibilidad para iniciar la acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

»Lo anterior en los términos: Ley 1437 de 2011 Capítulo II. Requisitos de Procedibilidad. ... (...) ARTÍCULO 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda

---

<sup>31</sup> AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa 001 de 2020. «La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-exhorta a las entidades estatales para que en los procedimientos de selección que se realicen utilizando los documentos tipo apliquen lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. En este sentido, las entidades deberán incorporar esta norma en el documento base de los documentos tipo, por ser una regla de orden público que es imperativa y de obligatorio cumplimiento.

»Para ello, las entidades estatales regidas por los documentos tipo, salvo en los procesos de contratación de mínima cuantía, durante la evaluación de las ofertas deberán reducir el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento».

demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales... (...).

»1.2. ¿La constancia de radicación de la demanda ante la oficina de reparto del distrito judicial competente?

»1.3. ¿El auto admisorio de la demanda?

»1.4. Otro, ¿cuál?

»2. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195 ¿El Auto que admite la solicitud de conciliación, la constancia de radicación de la demanda ante la oficina de reparto del distrito judicial competente, el auto admisorio u otro - según lo que se responda a la pregunta # 1 - deberá ser anterior a la fecha de cierre del proceso? Es decir, si uno u otro se produjo con posterioridad al cierre del proceso y al vencimiento del plazo de subsanación ¿la entidad debe aplicar la reducción de puntaje dispuesta en el artículo 58 de la Ley 2195?

»3. Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1150 y en la medida que la entidad solo debe solicitar “aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, para efectos de aplicar lo dispuesto el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 que versan respecto de asuntos susceptibles de puntaje, la entidad debe solicitar algún tipo de aclaración en relación con las eventuales multas o cláusulas penales que el contratista presente durante el último año o bastará con la verificación de oficio que haga en los respectivos aplicativos para proceder al descuento previsto en la norma?

»4. En cualquier caso, ¿el proponente podrá de oficio, una vez constatare que la entidad efectuó la reducción del puntaje de que trata el artículo 58 de la Ley 2195, acreditar que los actos administrativos que hayan impuesto las multas son objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan y la entidad estará en la obligación de ajustar la evaluación aplicando lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195?

»5. De acuerdo a lo señalado en el párrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 el cual establece que “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, anteriormente señalado. (...)”

»¿Es susceptible de subsanación por parte del proponente el hecho de habersele impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año durante el término de traslado de la evaluación?».

i) Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –no las entidades exceptuadas de este o que tienen un régimen especial de contratación– deberán, por regla general, aplicar la reducción del puntaje indicado en el citado artículo 58, en los procedimientos de selección que adelanten.

ii) Sin embargo, el deber de reducción del puntaje, para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto en el artículo que se viene comentando, tiene algunas excepciones. Los supuestos en los que no opera dicha disminución son los consagrados en el primer inciso del artículo 58 –en comentario–, a saber: los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido».

iii) La reducción del puntaje, ordenada por la norma, debe practicarse durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual y debe ser equivalente al dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso. Es importante precisar que el artículo no utiliza la preposición *hasta*, ni dice que debe ser, *como mínimo*, una reducción del dos por ciento (2%) de los puntos, sino que establece que ha de ser, exactamente, por este porcentaje.

iv) Los sujetos pasivos –es decir, los afectados por lo dispuesto en el artículo– son los proponentes –incluidos los consorcios y uniones temporales, por la situación de alguno de sus integrantes– a quienes «[...] se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, tal como se explicó en apartados anteriores de este concepto. Así pues, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad estatal realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

v) En cuanto al período durante el cual debe examinarse la imposición de las multas o cláusulas penales, el artículo 58 dice que es «[...] durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas». O sea que la entidad estatal contratante –que está adelantando el procedimiento de selección– debe verificar si en el último año anterior al cierre –fecha prevista para la presentación de las ofertas– el proponente fue sancionado con multa o cláusula penal pecuniaria. Esto se debe verificar en el Registro Único de Proponentes –RUP–, de conformidad con lo establecido en el

numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, según el cual «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, *multas y sanciones* relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados» (énfasis fuera de texto).

vi) Si el afectado por la imposición de una o más *multas*<sup>32</sup> demanda la decisión correspondiente, no podrá aplicarse la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58 bajo análisis. Esto es lo que establece el parágrafo 1, al indicar que «La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan»; por ejemplo, si la persona acude al medio de control de controversias contractuales, una de cuyas pretensiones puede ser «[...] que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales», según lo dispone el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Valga decir que el artículo 58 no exige que el demandante haya solicitado la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Aunque no exista dicha medida, pero se constata que el acto se demandó, la entidad estatal no puede aplicar la reducción del puntaje prevista en el referido artículo. Es importante destacar que la excepción prevista en el parágrafo frente a la reducción de puntaje solo se estableció en relación con las multas, mas no frente a las cláusulas penales impuestas al contratista, por lo que el legislador optó por realizar una distinción en su tratamiento.

Por otra parte, obsérvese que el artículo en comento es claro en establecer que la reducción del puntaje no puede aplicarse si los actos administrativos que decretaron las multas fueron «[...] objeto de medios de control jurisdiccional *a través de las acciones* previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan» (énfasis fuera de texto). En consecuencia, esta circunstancia solo se presenta si se ha radicado una demanda, haciendo uso de los medios de control regulados en la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del derecho fundamental de *acción* previsto en el artículo 229 de la Constitución. No puede afirmarse que un acto administrativo ha sido «objeto» de un «medio de control» si no se ha interpuesto la demanda. El intento de conciliación *prejudicial* es un requisito previo para demandar, de acuerdo con el artículo 161, numeral 1, de dicho Código. Por tanto, quien solo ha hecho la solicitud de conciliación prejudicial aún no ha ejercido su *derecho de acción*, pues todavía no ha acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Incluso, podría suceder que nunca demande porque la pretensión caducó,

---

<sup>32</sup> Debe advertirse que el parágrafo 1 del artículo 58 se refiere solo a las *multas*; no a las cláusulas penales. Por tal razón, la posibilidad de eximirse de la reducción del puntaje solo procede por haber demandado los actos administrativos que imponen la *multas*.

a pesar de haber intentado la conciliación, caso en el cual el acto administrativo nunca sería objeto de los medios de control.

Ahora bien, el parágrafo 1 del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no requiere, para desplegar su efecto favorable sobre el proponente, que se haya notificado el auto admisorio de la demanda, ni a la entidad que decretó la sanción o las sanciones, ni a la entidad estatal que busca reducirle el puntaje, pues esta no se encuentra legitimada en la causa por pasiva en dicho proceso contencioso-administrativo, al no ser la parte demandada. Lo que tal parágrafo establece es que la reducción de los puntos no se aplicará si los actos que impusieron las multas fueron objeto de los medios de control a través de las «acciones» correspondientes. Así pues, en el evento en el cual el acto administrativo haya sido demandado y aún no se haya notificado el auto admisorio correspondiente, pero el proponente le demuestre a la entidad estatal que ha ejercido su derecho de acción mediante la interposición de la demanda no cabrá la reducción del puntaje.

De esta manera, la presentación de la demanda se constituye en el criterio interpretativo del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, de manera que la reducción del puntaje no se aplicará cuando el acto administrativo que impuso la multa haya sido demandado mediante cualquiera de los medios de control establecidos en el Título III de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011. Para estos efectos, al proponente que se le haya impuesto una o más multas mediante acto administrativo y pretenda que se aplique la excepción del parágrafo primero del artículo en comento, deberá presentar el documento respectivo que acredite la radicación de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con las normas que rigen la materia. Vale reiterar que únicamente procederá la excepción planteada si la demanda versa sobre el acto administrativo que impuso la multa y se presentó mediante los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011.

En todo caso, esta Agencia considera que si el proponente quiere beneficiarse por el efecto del parágrafo 1 del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 debe haber presentado la demanda antes del cierre del procedimiento de selección. Aunque dicho enunciado normativo no lo señala expresamente, aquel debe interpretarse en armonía con el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que impide a los proponentes «acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso», norma que no circunscribe dicha prohibición a los requisitos habilitantes, sino que lo expresa de manera genérica, debiéndose aplicar, por ende, tanto a los requisitos que no otorgan puntaje, como a los de calificación. Además, permitir que un proponente acredite que, *después del cierre del procedimiento*, ha demandado los actos que le impusieron las sanciones sería violatorio del derecho fundamental a la igualdad de los demás proponentes, porque implicaría un *mejoramiento* de la oferta por parte de quien se afectaría por la reducción del puntaje.

vii) La reducción del puntaje que exige efectuar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, como lo expresa su parágrafo 2, debe aplicarse «sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020». Esto significa que la disminución del puntaje no riñe con la verificación de las anotaciones contenidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

vii) Aunque el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 guarda silencio sobre el *debido proceso* que habrá de garantizársele al proponente cuando la entidad estatal pretenda reducirle el puntaje, dicha norma debe interpretarse en armonía con el primer inciso del artículo 29 de la Constitución, el cual dispone que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y *administrativas*» (énfasis fuera de texto). Es decir, el operador jurídico debe realizar una interpretación *conforme* con la Constitución, atendiendo a su carácter supremo. Por ello, la Agencia considera que la reducción del puntaje regulada en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no debería aplicarse *de plano*, sino garantizando, previamente, el debido proceso.

De acuerdo con el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011—aplicable por virtud de la remisión contenida en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993— el debido proceso implica que «las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción». Dicho numeral también establece que «En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in ídem*». Por tanto, si bien la entidad estatal puede acceder, a través de la verificación del RUP, a la información de las sanciones contractuales supuestamente aplicadas al contratista —actual proponente—, debe permitirle ejercer su derecho de defensa.

En virtud de este principio, es posible que el proponente, por ejemplo, le aclare a la entidad estatal que si bien fue sancionado con dos multas, los actos administrativos quedaron en firme hace más de un año —tomando como referencia la fecha de cierre del procedimiento de selección—, con lo cual habría ya pasado el término establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. O también podría demostrarle —aportando alguna prueba— que se materializa el supuesto fáctico consagrado en el parágrafo primero del referido artículo, para exonerarse de la disminución del puntaje, porque demandó la nulidad de los actos administrativos que le habían impuesto las multas.

No es de recibo, por tanto, el argumento según el cual como al proponente se le efectuó el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 cuando se le aplicaron las sanciones en calidad de *contratista*, ya no debe garantizársele el derecho fundamental al debido proceso cuando actúa como oferente en un procedimiento de selección. Ese argumento se apoyaría en la idea de que la reducción

del puntaje podría considerarse un efecto de la sanción ya impuesta, que habilitaría a la entidad estatal a actuar de plano, materializando la consecuencia jurídica. Sin embargo, tal razón desconoce que, como se ha indicado, el debido proceso debe garantizarse en toda clase de actuación administrativa y que el artículo 58 prevé una *nueva* actuación administrativa, que genera un escenario de discusión, en el cual el proponente –que, se insiste, ya no actúa como contratista– podría demostrar que no se presenta el supuesto de hecho para aplicar la disminución del puntaje.

Finalmente, es importante precisar que la obligación de garantizar el debido proceso en la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es diferente a la regla de la subsanabilidad, como mandato previsto en los parágrafos 1 al 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Si bien coinciden, axiológicamente, en la protección del derecho de audiencia del proponente, lo cierto es que el debido proceso es un derecho que goza de un mayor alcance. Además, como se ha dicho con anterioridad, antes de tomar la decisión de disminuir el dos por ciento (2%) del puntaje, la entidad estatal debe permitirle al proponente defenderse. No resultaría razonable que, por ejemplo, le reste, de plano, los puntos, y que luego aduzca que el oferente no subsanó o que, en todo caso, no le estaría permitido hacerlo porque se trata de un elemento que otorga puntaje y no de un defecto formal de un requisito habilitante. Como se expuso, el debido proceso debe garantizarse para aplicar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, independientemente de que el efecto de esta norma tenga que ver con la calificación.

Ahora bien, la interpretación doctrinaria que efectúa la Agencia se realiza en el contexto de novedad del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. En consecuencia, no se opone a la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, le otorgue a aquella un alcance diferente.

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

Atentamente,

Original Firmado  
Andrés R. Mancipe González

**ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZÁLEZ**  
**SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL (E)**

Compartido por:



Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Montoya Penagos  
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Andrés Ricardo Mancipe González  
Subdirector de Gestión Contractual (E)

