

Compartido por:



CCE-DES-FM-17

DOCUMENTOS TIPO – Ámbito de aplicación

En cuanto al ámbito de aplicación de estos documentos, es preciso explicar que, cada una de estas resoluciones está relacionada con un sector, un objeto contractual y una modalidad de selección en específico. Esto de tal manera que las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al momento de adelantar un proceso de contratación asociado a uno de los sectores para los que se han implementado documentos tipo, deben consultar el contenido de los respectivos documentos tipo, para determinar si la modalidad de escogencia y el objeto a contratar son o no subsumibles dentro de lo dispuesto en el documento tipo. De ser esto así, la entidad estará obligada a adelantar el proceso de contratación aplicando los documentos tipo del caso.

DOCUMENTOS TIPO – Aplicación normas vigentes

Es necesario 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. 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 normativa 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, tal y como se explicará en el siguiente numeral.

LEY 2195 DE 2022 – Objeto

Con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022 del 18 de enero de 2022, se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el artículo 69 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. De conformidad con su artículo 1, esta norma tiene por objeto adoptar diferentes medidas tendientes a prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por la corrupción, promoviendo la cultura de la legalidad e integridad. En desarrollo de lo anterior, se incorpora, entre otras, disposiciones en la contratación pública para fomentar la transparencia. Concretamente, aquellas se encuentran en el «Capítulo VIII Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia» –artículos 50 al 58– [...].

LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Reducción de puntaje – Alcance – Vigencia

Entre las medidas adoptadas por la referida ley destaca el artículo 58, norma sobre la que versa la presente consulta. Conforme con el trámite legislativo en el Congreso de la República de la Ley 2195 del 2022 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». 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. [...]

Página 1 de 23



Colombia Compra Eficiente

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



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



El artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no establece un condicionamiento temporal para su entrada en vigencia, y que el artículo 69 del mismo cuerpo normativo dice que «La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias». Por tanto, no queda duda de que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 se encuentra vigente. Sin embargo, es necesario precisar el alcance de esta afirmación. Al sostener que dicha norma está vigente la Agencia quiere significar que las multas y cláusulas penales impuestas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a partir del 18 de enero de 2022 – fecha en la cual se promulgó la mencionada Ley– causarán el efecto jurídico al que se refiere el artículo 58, es decir, darán lugar, dentro del año posterior a su declaratoria, a la reducción del puntaje en el correspondiente procedimiento de selección, con las excepciones indicadas en la norma bajo análisis.

LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Aplicación – Documentos tipo

La entrada en vigencia de leyes o actos de superior jerarquía normativa respecto de los documentos tipo elaborados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente implica para las entidades estatales destinatarias de los mismos el deber de ajustar a las nuevas reglas el pliego específico –estructurado para el procedimiento de selección que adelantarán–. En este sentido, para aplicar lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 a los procedimientos contractuales que se rigen por los documentos tipo las entidades públicas no tienen que esperar a que la Agencia haga una modificación del pliego tipo, pues, como se indicó, la Ley no condiciona la vigencia de dicho precepto a un desarrollo reglamentario posterior. Sin perjuicio de esto, Colombia Compra Eficiente efectúa una revisión periódica de los documentos tipo, para armonizarlos y actualizarlos con las normas jurídicas vigentes.

En este contexto, los procesos de selección que adelanten las entidades sometidas al EGCAP que se realicen utilizando los documentos tipo deberán aplicar lo dispuesto en el artículo 58 ibidem, exceptuando los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura que se adelantan por mínima cuantía. Lo anterior puesto que, como se expuso en el numeral 2.1, 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. De este modo, debido a que la Ley 2195 de 2022 rige a partir de su promulgación, lo cual ocurrió el 18 de enero de 2022, las entidades estatales deberán atender la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos en los procesos de contratación que adelanten, en los términos expuestos por dicho artículo.

LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Aplicación – Apertura

En conclusión, esta Agencia considera que la reducción del puntaje en la evaluación de las ofertas establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin perjuicio de las precisiones realizadas con anterioridad respecto a su aplicación, es obligatoria para los procedimientos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, para aquellos cuya apertura se haya realizado a partir del 18 de enero de 2022; no para los anteriores. El artículo 69 de la referida Ley dispone que «[...] rige a partir de su promulgación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En otras palabras, si bien, por regla general, las normas que regulan la sustanciación de los procedimientos comienzan a regir desde el momento en el que se cumple con la formalidad de la publicación de las mismas, también lo es que el mencionado artículo establece que las diligencias o términos que hubieran empezado al amparo de otras normas siguen rigiéndose por estas en lo que a la etapa que no ha culminado se refiere, pues es una forma de evitar variaciones abruptas en el ordenamiento procesal, en perjuicio de la seguridad jurídica.

Página 2 de 23



Colombia Compra Eficiente

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

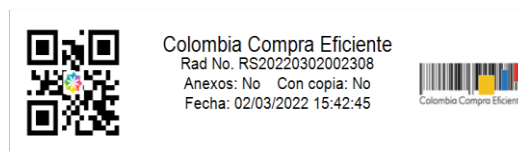
www.colombiacompra.gov.co



Compartido por:



Bogotá D.C., 02/03/2022 15:42:45



Señor
Santiago Andrés Sánchez Mantilla
Bucaramanga, Santander

Concepto C – 035 de 2022

Temas: DOCUMENTOS TIPO – Ámbito de aplicación / DOCUMENTOS TIPO – Aplicación normas vigentes / LEY 2195 DE 2022 – Objeto / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Reducción de puntaje – Alcance – Vigencia / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Aplicación – Documentos tipo / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 58 – Aplicación – Apertura

Radicación: Respuesta a consulta P20220119000367

Estimado señor Sánchez

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 19 de enero de 2022.

1. Problema planteado

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

«En vista de la publicación de la ley 2195 de 2022, solicitamos a ustedes dar claridad sobre la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VIII – Artículo 58.

Este descuento de este puntaje en documento tipo, aplicaría a los procesos cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir de que fecha? O se aplicara en procesos de selección que ya se encontraran en cursos previo a la expedición de esta ley?



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



Este descuento de este puntaje aplica solo para las empresas sancionadas, o se extiende para sociedades de capital donde alguno de sus socios haya sido objeto de algún incumplimiento?»

2. Consideraciones

Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) fundamento normativo y ámbito de aplicación de los documentos tipo, ii) alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022: reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales y iii) vigencia de las normas jurídicas. El caso del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Su aplicación en los procedimientos de selección rigidos por documentos tipo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el ámbito de aplicación de los documentos tipo en la contratación estatal, entre otros, en los siguientes conceptos: C-294 del 18 de mayo de 2020, C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C-380 y C-381 del 1 de junio de 2020; C-404 del 12 de junio de 2020, C-352 del 30 de junio de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-502 del 29 de julio de 2020, C-500 del 3 de agosto de 2020, C-563 del 26 de agosto de 2020, C-570 del 27 de agosto de 2020, C-713 del 2 de diciembre de 2020, C-744 del 22 de diciembre de 2020 y C-066 del 28 de enero de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán y se complementan a continuación:

2.1. Fundamento normativo y ámbito de aplicación de los documentos tipo

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹, que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. Debe señalarse que en virtud de la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte y, por tanto, es importante explicar el proceso previsto en dicho cuerpo normativo.

¹ «Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades».



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



La Ley 1882 de 2018, en el artículo 4, establecía que el gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantarán².

Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional. ii) Estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras. iii) Eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. iv) En los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección. v) El gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección. Por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

² Ley 1882 de 2018: «Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

»La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

»Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional».



Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato³.

De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio, y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual de documentos tipo mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Luego se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantarán por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía.

Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra

³ Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. «Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato».



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados



Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Con posterioridad a la expedición de los anteriores documentos tipo, se expidió la Ley 2022 de 2020, norma que modificó el contenido del párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018⁴. Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición. En este marco, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, esta Agencia expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020 «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión». Asimismo, con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020».

De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución

⁴ Ley 2022 de 2020: «Artículo 1º. Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

»Artículo 4º. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

»Parágrafo 7º. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

»Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

»Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

»La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

»En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente».

Página 7 de 23



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

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

www.colombiacompra.gov.co



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados



0044 de 2020». Adicionalmente, entró en vigencia la Resolución 256 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico», la Resolución 249 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano», y la Resolución 269 de 2020, «Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos».

A los actos administrativos mencionados se suman, la Resolución 193 de 14 de julio de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte», la Resolución 219 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social», la Resolución 220 del 6 de agosto de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo», la Resolución 392 del 18 de noviembre de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud», y la Resolución 454 del 16 de diciembre de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte».

En cuanto al ámbito de aplicación de estos documentos, es preciso explicar que, cada una de estas resoluciones está relacionada con un sector, un objeto contractual y una modalidad de selección en específico. Esto de tal manera que las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al momento de adelantar un proceso de contratación asociado a uno de los sectores para los que se han implementado documentos tipo, deben consultar el contenido de los respectivos documentos tipo, para determinar si la modalidad de escogencia y el objeto a contratar son o no subsumibles dentro de lo dispuesto en el documento tipo. De ser esto así, la entidad estará obligada a adelantar el proceso de contratación aplicando los documentos tipo del caso.

Es importante advertir que, todas las resoluciones mediante las que se han adoptado documentos tipo consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los *Documentos del Proceso* las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en dichos documentos son de obligatorio

Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

Al respecto, es necesario 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 judicial⁵. 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 normativa 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, tal y como se explicará en el siguiente numeral.

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

Con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022 del 18 de enero de 2022, se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el artículo 69 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

De conformidad con su artículo 1, esta norma tiene por objeto adoptar diferentes medidas tendientes a prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por la corrupción, promoviendo la cultura de la legalidad e integridad. En desarrollo de lo anterior, se incorpora, entre otras, disposiciones en la contratación pública para fomentar la transparencia. Concretamente, aquellas se encuentran en el «Capítulo VIII Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia» –artículos 50 al 58–, en el cual se consagran 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*

⁵ 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.



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



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–.

Entre las medidas adoptadas por la referida ley destaca el artículo 58, norma sobre la que versa la presente consulta. Conforme con el trámite legislativo en el Congreso de la República de la Ley 2195 del 2022 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»⁶. 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:

Artículo 58. Reducción de puntaje por incumplimientos de contratos. 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.

⁶ 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.secretariasenado.gov.co/legibus/gacetitas/2021/GC_1677_2021.pdf





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 comento–, a saber: los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007⁷, 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 imponer multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias. Así, 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 declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

⁷ 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 mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos».





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 del proceso –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».

vi) Si el afectado por la imposición de una o más multas 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.

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»⁸. Esto significa que no riñe la disminución del puntaje

⁸ 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 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados



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

Finalmente, en relación con el supuesto de la segunda pregunta del peticionario, atendiendo al alcance explicado en relación con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, resulta evidente que esta disposición no alude a la posibilidad de afectar la evaluación de un proponente en atención a los incumplimientos de sus accionistas o socios. Únicamente extiende esta reducción de puntaje para los integrantes del consorcio y unión temporal a los 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. Es decir, en caso de que uno de los integrantes del consorcio o unión temporal se encuentre en esta situación, la entidad deberá aplicar la reducción del dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso de selección a dicho proponente plural.

La posibilidad de reducción del puntaje por incumplimiento de contratos conforme el artículo 58 *ibidem* procede, entonces, respecto de la persona natural o jurídica, o del proponente plural en caso en que alguno de sus integrantes se encuentre en la situación descrita en esta norma. En este sentido, no resultaría válido extender los efectos de la reducción del puntaje a un evento que no hace parte del supuesto de hecho de la disposición, máxime cuando se trata de una norma que impone un gravamen, por lo que no es posible extender, para estos efectos, las consecuencias de una multa o cláusula penal impuesta a uno de los socios de las sociedades que se presenten como proponente al proceso de contratación, máxime cuando la sociedad constituye una persona jurídica distinta de sus socios⁹, y que estos no necesariamente participan de la gestión de la sociedad o de la ejecución del objeto social de la misma.

2.3. Vigencia de las normas jurídicas. El caso del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Su aplicación en los procedimientos de selección regidos por documentos tipo

Como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-536 del 24 de agosto de 2020, C-320 del 1 de julio de 2021 y C-437 del 24 de agosto de 2021, en el ordenamiento jurídico, por principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la

»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».

⁹ Código de Comercio: «Artículo 98. Contrato de sociedad. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

»La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados».

Página 13 de 23



formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho. Esta presunción no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica¹⁰.

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política – aplicable también a las actuaciones administrativas, como dice su primer inciso–, el cual establece que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa». Esto significa que nadie puede ser sancionado –no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo– sino al amparo de una disposición que se haya expedido *antes* de la realización de la conducta activa u omisiva sobre la cual se imputa el reproche. Esto es lo que se conoce en el derecho como la *irretroactividad* de las leyes.

Dicha norma constitucional guarda consonancia con los enunciados normativos anteriores a la Carta del 91, y que continúan en vigor, para regular el asunto concerniente a la vigencia de las leyes en el tiempo; especialmente, se hace referencia a los artículos 17 al 49 de la Ley 153 de 1887. Pero, por su aplicación al caso concreto, que se analiza en este concepto, se resaltan los siguientes artículos de dicha Ley:

Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Artículo 40. [Modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012] Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

¹⁰ En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).



Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.

De dichos enunciados se pueden extraer las siguientes subreglas: i) en principio, las leyes promulgadas rigen hacia el futuro, es decir, no regulan situaciones del pasado; son, pues, irretroactivas. En consecuencia, nadie puede ser «juizado» ni sancionado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa. ii) Por lo tanto, las leyes que regulan los contratos son las vigentes al momento de su celebración; es decir que si cambian, el contrato se continúa rigiendo por las anteriores, a excepción de las leyes posteriores que regulen asuntos procesales o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales por hechos ocurridos en vigencia de la nueva ley, las cuales sí aplican a los contratos previamente celebrados. iii) No obstante, en materia sancionatoria rige el principio de favorabilidad, lo que significa que debe aplicarse la ley más beneficiosa a la persona. Esta subregla, a su vez, tiene dos hipótesis: 1) si la ley posterior es más favorable que la que estaba vigente cuando, supuestamente, se cometió la falta o delito, se debe aplicar la posterior al momento de sancionar; en otras palabras, se exige, en este caso, la aplicación retroactiva de la ley, y 2) si una persona se encuentra cumpliendo una sanción impuesta en vigencia de una ley y se expide posteriormente una que elimina el delito o falta, lo indulta o rebaja la sanción, también debe aplicarse retroactivamente la ley posterior¹¹. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al indicar que en las actuaciones administrativas se debe aplicar el principio de favorabilidad. Esta fue la tesis que defendió en la Sentencia C-619 de 2001, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 67 de la Ley 610 de 2000¹². De otro lado, en relación con las

¹¹ Tales subreglas son coherentes con la forma como la doctrina del Derecho administrativo comparado ha entendido de tiempo atrás la vigencia de las leyes. Al respecto, basta leer las palabras de Marienhoff, cuando se pregunta «¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo?», respondiendo a renglón seguido: «El principio general consiste en que las leyes rigen *“ex nunc”*, para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido. Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración. Con el mismo carácter *“excepcional”*, la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, *“ex tunc”*; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración *expresa* o bien de otra forma *inequívoca*: la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo» (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, Teoría General. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. pp. 228-229).



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que *las diligencias o etapas que se hubieren iniciado* continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. A este fenómeno se le denomina aplicación ultractiva de la norma¹³.

A la luz de los comentarios anteriores, se observa que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no establece un condicionamiento temporal para su entrada en vigencia, y que el artículo 69 del mismo cuerpo normativo dice que «La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias». Por tanto, no queda duda de que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 se encuentra vigente. Sin embargo, es necesario precisar el alcance de esta afirmación. Al sostener que dicha norma está vigente la Agencia quiere significar que las multas y cláusulas penales impuestas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a partir del 18 de enero de 2022 –fecha en la cual se promulgó la mencionada Ley– *causarán* el efecto jurídico al que se refiere el artículo 58, es decir, darán lugar, dentro del año posterior a su declaratoria, a la reducción del puntaje en el correspondiente procedimiento de selección, con las excepciones indicadas en la norma bajo análisis.

De esta manera, razones asociadas al principio de seguridad jurídica y al derecho fundamental al debido proceso impiden aplicar retroactivamente el artículo 58, en el sentido

¹² El apartado normativo establece: «En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente Ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley».

¹³ La Corte Constitucional explica el fenómeno de la ultractividad de la ley en los siguientes términos: «La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

»Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultractividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad» (Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería).



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados



de afirmar que si a un proponente se le impuso una o más multas o cláusulas penales antes del 18 de enero de 2022 –es decir, antes de que comenzara a regir la Ley 2195 de 2022– se verá afectado por la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58. Sostener esto sería contradecir el principio de tipicidad, que es un postulado del debido proceso, porque si este efecto no se preveía como consecuencia para la multa o la cláusula penal en el momento en que le fue impuesta a alguien, no puede aplicarse hacia el pasado. Caso distinto es aquel en el que a un contratista se le aplica una multa, verbigracia, el 25 de enero de 2022 y se presenta a una licitación pública el 18 de febrero siguiente. En este supuesto la entidad estatal deberá reducirle el 2% del puntaje, porque para la fecha de imposición de la multa estaba vigente la norma que consagraba dicho efecto gravoso. 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 y, 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, es necesario indicar que la entrada en vigencia de leyes o actos de superior jerarquía normativa respecto de los documentos tipo elaborados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente implica para las entidades estatales destinatarias de los mismos el deber de ajustar a las nuevas reglas el pliego específico –estructurado para el procedimiento de selección que adelantarán–. En este sentido, para aplicar lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 a los procedimientos contractuales que se rigen por los documentos tipo las entidades públicas no tienen que esperar a que la Agencia haga una modificación del pliego tipo, pues, como se indicó, la Ley no condiciona la vigencia de dicho precepto a un desarrollo reglamentario posterior. Sin perjuicio de esto, Colombia Compra Eficiente efectúa una revisión periódica de los documentos tipo, para armonizarlos y actualizarlos con las normas jurídicas vigentes.

En este contexto, los procesos de selección que adelanten las entidades sometidas al EGCAP que se realicen utilizando los documentos tipo deberán aplicar lo dispuesto en el artículo 58 *ibidem*, exceptuando los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura que se adelantan por mínima cuantía. Lo anterior puesto que, como se expuso en el numeral 2.1, 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. De este modo, debido a que la Ley 2195 de 2022 rige a partir de su promulgación, lo cual ocurrió el 18 de enero de 2022, las entidades estatales deberán atender la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos en los procesos de contratación que adelanten, en los términos expuestos por dicho artículo.

En relación con este aspecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la Circular 001 de 2022 precisó que el artículo 58 de la Ley

Página 17 de 23



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

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



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



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 contratación¹⁴. 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 judicial¹⁵. 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.

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 las entidades para la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 en los documentos tipo, en los siguientes términos:

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

¹⁴ Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/circulares>.

¹⁵ [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».



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



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.

Habiendo precisado la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 a los procesos contractuales regidos por los documentos tipo, conviene retomar lo señalado en relación con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 –modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012–, atendiendo a las preguntas del peticionario, con la finalidad de determinar la aplicación del artículo 58 en los procesos contractuales, de manera que se exprese con mayor precisión la interpretación de esta Agencia en relación con los procedimientos de selección en los cuales rige dicha disposición.

De esta manera, en relación con las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que *las diligencias o etapas que se hubieren iniciado* continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección de contratistas. En tal sentido, el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es una norma procedimental, porque regula una etapa asociada a los procedimientos de selección de contratistas del Estado: el relacionado con la forma de evaluar las ofertas. Por lo tanto, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del ordenamiento procesal general, ante la falta de una disposición expresa en la Ley 2195 de 2020 que regule la vigencia del artículo 58 en el tiempo, debe aplicarse lo establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para concluir que si el proceso de selección había iniciado formalmente –es decir, ya se había publicado el acto administrativo de apertura–, debía continuarse rigiendo por las reglas vigentes al momento de la iniciación del procedimiento.

Como lo precisó la Agencia en el concepto C-464 del 6 de agosto de 2020, la apertura del proceso de selección se realiza mediante un acto administrativo, necesario para *iniciar* los procesos de selección que adelante una entidad estatal, excepto en las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa. En efecto, el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015 prescribe:

La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas





en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

De la disposición citada es posible afirmar que el proceso de selección *inicia formalmente* con el acto administrativo de apertura. Esto además es coherente, particularmente, con lo establecido respecto al procedimiento de licitación pública, en tanto el artículo 30, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 establece que: «La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado». En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo *da inicio al proceso de selección*, su principal y más importante característica es que constituye una especie de plicitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones»¹⁶ (Cursiva fuera del original).

En conclusión, esta Agencia considera que la reducción del puntaje en la evaluación de las ofertas establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin perjuicio de las precisiones realizadas con anterioridad respecto a su aplicación, es obligatoria para los procedimientos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, para aquellos cuya *apertura* se haya realizado a partir del 18 de enero de 2022; no para los anteriores. El artículo 69 de la referida Ley dispone que «[...] rige a partir de su promulgación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En otras palabras, si bien, por regla general, las normas que regulan la sustanciación de los procedimientos comienzan a regir desde el momento en el

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Exp. 31.297. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



que se cumple con la formalidad de la publicación de las mismas, también lo es que el mencionado artículo establece que las diligencias o términos que hubieran empezado al amparo de otras normas siguen rigiéndose por estas en lo que a la etapa que no ha culminado se refiere, pues es una forma de evitar variaciones abruptas en el ordenamiento procesal, en perjuicio de la seguridad jurídica.

Es decir, si al 18 de enero de 2020 no se había publicado el acto administrativo de apertura, puede afirmarse que el procedimiento de selección no había *iniciado* formalmente. Esto significa que la diligencia o trámite procesal no había comenzado. Por ende, en tal caso, de conformidad con el primer inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las entidades estatales debían adecuar los documentos del proceso, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, antes de publicar el acto administrativo de apertura, si para la fecha de publicación de este –se insiste– ya había entrado a regir la Ley mencionada. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de que se expidan adendas para ajustar el pliego de condiciones a las normas vigentes. Sin embargo, si el acto que inicia formalmente el procedimiento de selección de contratistas se había publicado antes del 18 de enero de 2022, las entidades estatales no estaban obligadas a aplicar lo prescrito en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, porque la diligencia o trámite procesal ya había comenzado. Es decir, en este evento se habría cumplido la condición para la aplicación ultractiva de la norma procesal prevista en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹⁷.

3. Respuesta

¹⁷ La Corte Constitucional explica el fenómeno de la ultractividad de la ley en los siguientes términos: «La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

»Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultractividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad» (Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Página 21 de 23



Colombia Compra Eficiente

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

www.colombiacompra.gov.co



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS



«En vista de la publicación de la ley 2195 de 2022, solicitamos a ustedes dar claridad sobre la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VIII – Artículo 58.

Este descuento de este puntaje en documento tipo, aplicaría a los procesos cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir de que fecha? O se aplicara en procesos de selección que ya se encontraran en cursos previo a la expedición de esta ley?

De acuerdo con las consideraciones expuestas, los procesos de selección que adelanten las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se realicen utilizando los documentos tipo deberán aplicar lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, exceptuando los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura que se adelantan por mínima cuantía. Lo anterior puesto que, como se expuso en este concepto, 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.

En relación con este aspecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente mediante Circular 001 del 16 de febrero de 2022 precisó que 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 pueden ser obviada o desconocida en los procesos de contratación. En consecuencia, 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 pliego de condiciones, por ser una regla de orden público que es imperativa y de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, teniendo en cuenta la inquietud concreta del peticionario, se reitera la conclusión expuesta en las consideraciones, en el sentido de que la reducción del puntaje en la evaluación de las ofertas establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin perjuicio de las precisiones realizadas respecto a su aplicación, es obligatoria para los procedimientos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, para aquellos cuya *apertura* se haya realizado a partir del 18 de enero de 2022.

Este descuento de este puntaje aplica solo para las empresas sancionadas, o se extiende para sociedades de capital donde alguno de sus socios haya sido objeto de algún incumplimiento?»

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, debido a que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no alude a la posibilidad de afectar la evaluación de un proponente en atención a las multas o cláusulas penales impuestas a sus accionistas o socios, no es procedente que la entidad estatal reduzca el puntaje de un proponente, cuando a uno de

Página 22 de 23



Colombia Compra Eficiente

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

www.colombiacompra.gov.co



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

TRANSPARENCIA,
EFICIENCIA Y
OPTIMIZACIÓN
DE RECURSOS

10 AÑOS

Agencia Nacional de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

sus socios o accionistas se le haya impuesto una o más multas o cláusulas penales.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Tatiana Baquero Iguarán
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

