CCE-DES-FM-17

**DOCUMENTOS TIPO - LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

El artículo 56 de la Ley 2195 de 2021 hace extensiva la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo, a los procedimientos de selección y los contratos celebrados por entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos, las personas naturales y jurídicas de derecho privado, con ocasión de compromisos derivados de contratos o convenios suscritos con entidades sometidas al EGCAP, que se rijan por documentos tipo. Esto significa que la norma no modifica todo el régimen jurídico de los mencionados tipos de entidades, sino que les aplica el régimen de contratación estatal bajo las precisas circunstancias previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, analizadas en este concepto.

**DOCUMENTOS TIPO - LEY 2195 DE 2022 – Artículo 53 – Obligatoriedad del SECOP II para entidades de régimen especial – Circular 002 de 2022 - Plazo**

[…] aunque la publicación en el SECOP de los documentos relacionados con la actividad contractual ya era obligatoria –lo sigue siendo– para las entidades que cuentan con un régimen especial, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 –que modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– establece con mayor precisión este deber y lo complementa con la exigencia de emplear el SECOP II. En otras palabras, en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 el Congreso de la República dispone que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben publicar en el SECOP II –es decir en la plataforma transaccional vigente– su actividad contractual.

Finalmente, el referido artículo dispone, en el inciso final, que «A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido». Es decir que se trata de un período concedido por el Legislador a las entidades que tienen un régimen especial de contratación para adelantar las gestiones administrativas, técnicas y jurídicas pertinentes, a fin de cumplir lo establecido en el artículo 53. Este período de transición va del 18 de enero al 18 de julio de 2022.

Respecto del alcance en la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, lo primero a resaltar es que la Agencia tiene la facultad de establecer instrumentos jurídicos para el manejo, uso e implementación del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP. Bajo este entendimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Circular Externa 002 del 17 de marzo de 2022 , en la que impartió directrices sobre este tema.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE –Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Aplicabilidad a las entidades con régimen especial por vía de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022**

Las entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado deben aplicar lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, cuando se presente el supuesto regulado en el artículo 56. Lo anterior, por cuanto el artículo 58 es una norma del procedimiento de selección, y el artículo 56 dice que «Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» (énfasis fuera de texto).

De lo anterior se desprende que 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 a los 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, respetando las excepciones establecidas en el mencionado artículo.



Bogotá, D.C, 22 Marzo de 2022

Señor

**Juan Camilo Infante**

Ciudad

**Concepto C-120 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 2022 de 2020 / DOCUMENTOS TIPO – Ámbito de aplicación / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 53 – Obligatoriedad del SECOP II para entidades de régimen especial – Circular 002 de 2022 – Plazo / REDUCCIÓN DE PUNTAJE –Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Aplicabilidad a las entidades con régimen especial por vía de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220209001298  |

Estimado señor Infante:

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 9 de febrero del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta relacionada con el ámbito de aplicación de la Ley 2195 de 2022:

«1. Sírvase aclarar si ¿el listado de entidades públicas a que se refiere el artículo 2ª de la Ley 2195 de 2022 será aplicable a todo tipo de entidades sin ánimo de lucro, esto es, si comprende a aquellas entidades que se denominan entidades públicas sin ánimo de lucro?

2. Con respecto al artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, dentro de su primer párrafo, ¿cuál es el alcance de la expresión “de cualquier otra índole”?

3. En virtud del artículo 53, las entidades sujetas a un régimen de contratación especial deberán publicar los documentos, que se desarrollen en el marco de su actividad contractual, al SIGEP II. Por lo tanto, las entidades de un régimen especial, que iniciaron un proceso de adjudicación antes de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, ¿se encuentran obligadas a publicar los documentos contractuales en el SICOP II? ¿Aún cuando estos se encuentran en fase de selección?

4. En cuanto a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, ¿ cuál es el alcance de la expresión “Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de la Administración Pública” respecto de las entidades que no están sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993?

5. El artículo 56 de la Ley 2125 de 2022 establece la obligación de las entidades sometidas a un régimen especial de contratación de adoptar los documentos tipo dispuestos por Colombia Compra Eficiente. Sin embargo, el parágrafo 7, del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 indicó que los documentos tipo serán de carácter obligatorio para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, ¿cuál de las dos disposiciones normativas deben ser aplicadas por las entidades sometidas a un régimen especial de contratación?

6. En el evento en que una entidad de régimen especial haga uso de los documentos tipo para la celebración de un contrato ¿éstas deberán aplicar el artículo 58 que dispone una disminución en la calificación de los oferentes a los que “se les haya impuesto una multa o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para le presentación de las ofertas…”?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección responderá su consulta dentro de los límites de su competencia. 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 y C-744 del 22 de diciembre de 2020. Así mismo, a través de los conceptos C-066 del 28 de enero de 2022, C-040 2 de marzo de 2022, C-049 del 6 de marzo de 2022, C-061 del 9 de marzo de 2022 y C-074 10 de marzo de 2022, la Agencia se pronunció sobre la interpretación de la Ley 2195 de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán y se complementan a continuación:

**2.1. Entidades públicas sin ánimo de lucro derivadas de la celebración de convenios de asociación entre entidades públicas**

Como se indicó anteriormente, con fundamento en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la interpretación de normas que integran el *sistema de compras y contratación pública*. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022, en principio, no es una disposición normativa que haga parte del sistema de compras y contratación pública, porque no regula una materia de la contratación estatal, sino de derecho administrativo sancionador, relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras[[1]](#footnote-2). Por tanto, la interpretación de la expresión «entidades sin ánimo de lucro», empleada por el legislador en dicho artículo, debe ser definida en cada caso por la autoridad que goza de competencia para adelantar dicho procedimiento administrativo, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 2195 de 2022, el cual dispone:

ARTÍCULO 3. Adiciónese el Artículo [34-1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34-1) a la Ley [1474](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#0) de 2011, el cual quedara así:

Artículo [34-1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34-1). Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control son las competentes para iniciar de oficio el proceso administrativo sancionatorio referido en el Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, e imponer las sanciones correspondientes a sus vigilados, cuando existan los supuestos descritos en el anterior Artículo.

PARAGRAFO 1. Si existiere conflicto de competencias administrativas, el mismo se resolverá por lo consagrado en el Artículo [39](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249#39) de la Ley [1437](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249#0) de 2011.

PARAGRAFO 2. Lo dispuesto en los Artículos [34](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34) y [34-1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34-1) de la presente Ley no serán aplicables para la Superintendencia de Industria y Comercio.

PARAGRAFO 3. Cuando la prestación del servicio este a cargo de una entidad pública o se trate de un notario, curador o ente territorial que preste directamente servicios publicos domiciliarios, se aplicaran las normas de responsabilidad propias de los funcionarios publicos por las entidades competentes.

Sin perjuicio de lo anterior y respetando la competencia de dichas autoridades, teniendo en cuenta que hay una circunstancia regulada en el sistema de compras y contratación pública, en la cual pueden surgir entidades públicas sin ánimo de lucro, y que el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022 no realiza distinción alguna sobre la naturaleza jurídica de la entidad sin ánimo de lucro, se efectuarán algunas consideraciones sobre la facultad de las entidades estatales de celebrar convenios de asociación. Estas consideraciones pueden complementarse con las que realice la autoridad competente para ejercer la función consultiva frente a la norma en comento, de acuerdo con lo señalado en el precitado artículo 3 de la Ley 2195 de 2022.

Los contratos interadministrativos pueden tener un alcance conmutativo –como sucede con los celebrados al amparo del artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007– o un contenido determinado por la cooperación entre las entidades estatales –que se presenta, por ejemplo, en el tipo de convenio interadministrativo regulado por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, es decir, en el convenio de asociación entre entidades públicas–

En efecto, el mencionado artículo permite a las entidades públicas asociarse entre ellas, para ejecutar actividades que son de su competencia[[2]](#footnote-3). La celebración de este tipo de acuerdos puede dar lugar o no a la conformación de una persona jurídica por parte de los asociados. Tal es el sentido de la norma, cuando establece que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro».

Esto significa que no necesariamente la asociación entre entidades públicas se materializa en la creación de una persona jurídica autónoma. Al respecto, es importante distinguir dos escenarios:

i) La asociación de entidades públicas de la que no resulta una persona jurídica; evento en el cual, si del convenio se desprende la obligación para alguna de las entidades asociadas de celebrar contratos para cumplir el objeto de aquel, el régimen jurídico que debe aplicar la entidad contratante es el que, por regla general, la rige. Así, por ejemplo, si se celebra un convenio de asociación entre universidades públicas, sin dar lugar a la creación de una persona jurídica, y posteriormente alguna de estas debe celebrar un contrato en ejecución de sus obligaciones adquiridas en el convenio, la celebración de aquel se rige por el derecho privado, ya que así lo dispone el artículo 93 de la Ley 30 de 1992.

ii) La asociación de entidades públicas que se refleja en la creación de una persona jurídica nueva, es decir, distinta de las entidades que se asocian. Este es un caso de descentralización por servicios indirecta. Al respecto, el segundo inciso del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 establece: «Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal». Sin embargo, este fue declarada condicionalmente exequible[[3]](#footnote-4). Pero lo cierto, entonces, es que de un convenio de asociación celebrado entre entidades estatales puede surgir una persona jurídica sin ánimo de lucro de naturaleza pública, lo que reviste importancia para los efectos de la consulta que usted realiza, pues el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022 no diferencia tipos de entidad sin ánimo de lucro.

**2.2. 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 2007[[4]](#footnote-5), 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.

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 adelantaran[[5]](#footnote-6).

 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.

 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 contrato[[6]](#footnote-7).

 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 adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía.

Luego, 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 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 parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018[[7]](#footnote-8). 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 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 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.

Por último, cabe aclarar que la Agencia Nacional de Contratación Pública sigue avanzando en la expedición de nuevos documentos tipo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos exigen un minucioso desarrollo en el cual se consideran las observaciones de las entidades técnicas y especializadas, con la finalidad de expedir documentos tipo que contengan las mejores prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

**2.3. El artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y la aplicación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los documentos tipo en la contratación de las entidades estatales exceptuadas y particulares**

Conforme se explicó en el acápite anterior, en virtud de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública son de aplicación obligatoria para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese sentido, el contenido normativo de la Ley 2022 de 2020, y en su momento también la Ley 1882 de 2018, en principio, excluyen del ámbito de aplicación de los documentos tipo la contratación de entidades estatales de régimen exceptuado, por lo general, sujetas al derecho privado.

No obstante, este panorama ha variado de manera sustancial, pues el 18 de enero del año en curso se promulgó la Ley 2195 de 2022. Según lo establece su artículo 1, esta Ley «[…] 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–.

Entre las medidas adoptadas por la referida Ley destaca el artículo 56, norma sobre la que versa la presente consulta. Esta disposición se refiere de manera expresa a los documentos tipo y a su aplicabilidad por parte de sujetos diferentes de las entidades estatales sometidas a Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El tenor literal de este precepto prescribe lo siguiente:

Artículo 56. Aplicación DE LOS DOCUMENTOS TIPO A ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, *las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente* o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo *se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo. (Énfasis fuera de texto)

Como se desprende del primer inciso, la norma citada se refiere a los contratos, convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, celebrados entre entidades estatales sometidas al EGCAP con entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado. En ese sentido, este primer inciso señala que la adquisición de bienes, obras o servicios que deba realizarse con ocasión de los compromisos pactados en contratos o convenios suscritos entre entidades sometidas al EGCAP y entidades exceptuadas, debe adelantarse, de manera obligatoria, aplicando los documentos tipo expedidos por esta Agencia.

 No obstante, el cambio normativo que supone el artículo en comento no se agota con el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de entidades exceptuadas o particulares, sino que, además, varía el régimen contractual al que estarían sometidos los contratos derivados, bajo unas circunstancias concretas. Esto por cuanto el segundo inciso del artículo 56 *ibídem* establece que tanto los procedimientos de selección, como los contratos a los que se refiere el primer inciso, en los que apliquen documentos tipo, además se regirán por el EGCAP.

 De conformidad con lo anterior, el efecto de la norma bajo estudio es ampliar el ámbito de aplicación de los documentos tipo, haciendo obligatoria su aplicación a unos sujetos que, en principio, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020, no estarían obligados a acogerlos. De igual forma, la norma hace extensiva la aplicación del EGCAP a sujetos que, en virtud de su naturaleza jurídica, tienen, como regla general, un régimen de contratación diferente, como, por ejemplo, las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos, personas naturales y jurídicas de derecho privado, a los que expresamente hace alusión el artículo 56.

En ese sentido, la principal implicación de esta norma es que las entidades estatales que tienen como régimen principal el EGCAP no podrían eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la contratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas, patrimonios autónomos o particulares, que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la contratación derivada de obras, bienes, obras o servicios siempre que exista documento tipo en el sector en el que se contrata.

 En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 56, el hecho de que una entidad exceptuada, un patrimonio autónomo, una persona natural o una persona jurídica, tenga suscrito un contrato o convenio con una entidad sometida al EGCAP, no significa que mute su régimen jurídico de manera permanente. Al respecto, de una lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen el mandato de aplicación obligatoria del EGCAP por parte de los mencionados sujetos de régimen de derecho privado, en lo referido a la contratación de bienes, obras y servicios relacionados con un contrato o convenio suscrito con una entidad sometida al EGCAP, siempre que exista documento tipo en el sector en el que se planea contratar. Esto significa que los contratos no relacionados con los compromisos adquiridos con la entidad sometida al EGCAP, no tendrían que aplicar el régimen contractual público ni los documentos tipo.

 De acuerdo con esto, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme se interpreta de la redacción de la norma, esta solo resulta obligatoria en los casos en los que el objeto contractual derivado que se pretende contratar esté cobijado por el ámbito de aplicación de algún documento tipo. Esto significa que la aplicación del EGCAP solo resulta forzosa cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de los que se subsume la actividad a contratar por parte de la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular. Por ejemplo, si, en cumplimiento de un convenio con una entidad sometida al EGCAP, un particular debe contratar el desarrollo de un software o la compra de unos buses, no estará obligado aplicar el EGCAP, al no ser estos objetos cobijados por los documentos tipo expedidos hasta el momento, mientras que si se requiere contratar el mantenimiento o la rehabilitación de una vía secundaría, debe aplicarse el EGCAP, al estar tales actividades incluidas dentro de los documentos tipo de infraestructura de transporte.

 Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que el parágrafo del artículo en comento exceptúa de la aplicación de lo señalado en los dos primeros incisos a las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente, en la contratación relacionada con el giro ordinario de sus asuntos, por lo que no tendrían que aplicar de manera obligatoria documentos tipo ni el EGCAP. No obstante, la norma dispone el deber de fomentar en los manuales de contratación la aplicación de los pliegos tipo, a modo de buena práctica contractual.

**2.4 El Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP: transformación hacia la tecnología y los medios electrónicos**

El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 señala que los actos relacionados con los procedimientos de contratación de las entidades pueden ser electrónicos, al igual que su publicidad, por lo que el Gobierno nacional debe definir los medios para llevarlo a cabo, y tiene la obligación de desarrollar el SECOP[[8]](#footnote-9). Este sistema debe contar con la información oficial de los procedimientos contractuales de las entidades, de lo cual será la única fuente, teniendo en cuenta que se ejecutan recursos públicos y por ende la ciudadanía tiene derecho a conocer cómo se invierten, y controlar que el objetivo sea la satisfacción de sus necesidades.

La norma citada genera un cambio en la contratación pública, donde las actuaciones de las entidades se realizaban por escrito y en papel, y ahora se crea un mecanismo eficiente que reduce costos para que se cumpla el principio de publicidad, como un deber de las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley les otorga.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene como función la administración del SECOP[[9]](#footnote-10), por lo cual desarrolló la primera versión ̶ SECOP I ̶ de la plataforma, que solo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional, lo que significa que el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y a través de un expediente físico en la entidad, pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II es una plataforma transaccional, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.

Sobre la utilización de SECOP II, es necesario aclarar que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, conformándose un expediente electrónico, lo cual denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, no es posible realizar en SECOP II actuaciones por escrito físico que son propias del SECOP I, sino que los documentos y actuaciones son electrónicas.

**2.5 El artículo 53 de la 2195 de 2022: obligatoriedad del SECOP II para las entidades de régimen especial**

El artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 hace obligatorio el uso del SECOP II para las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, esta norma dispone:

Adiciónese los siguientes incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación PÚBLICA –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido.

Como puede observarse, aunque la publicación en el SECOP de los documentos relacionados con la actividad contractual ya era obligatoria –y lo sigue siendo– para las entidades que cuentan con un régimen especial, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 –que modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– establece con mayor precisión este deber y lo complementa con la exigencia de emplear el SECOP II. En otras palabras, en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 el Congreso de la República dispone que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben publicar en el SECOP II –es decir en la plataforma transaccional vigente– su actividad contractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que al establecer el artículo 53 que este deber ha de cumplirse en el SECOP II «o la plataforma transaccional que haga sus veces» esto debe interpretarse en el sentido en que a pesar de que en la actualidad el SECOP II es la plataforma transaccional vigente en el Estado colombiano, si en el futuro esta es reemplazada por otra que tenga otra denominación, las entidades que tienen un régimen especial de contratación pública deben continuar publicando la documentación de su actividad transaccional en la nueva plataforma.

Finalmente, el referido artículo dispone, en el inciso final, que «A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido». Es decir que se trata de un período concedido por el Legislador a las entidades que tienen un régimen especial de contratación para adelantar las gestiones administrativas, técnicas y jurídicas pertinentes, a fin de cumplir lo establecido en el artículo 53. Este período de transición va del 18 de enero al 18 de julio de 2022.

Respecto del alcance en la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, lo primero a resaltar es que la Agencia tiene la facultad de establecer instrumentos jurídicos para el manejo, uso e implementación del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP. Bajo este entendimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Circular Externa 002 del 17 de marzo de 2022[[10]](#footnote-11), en la que impartió directrices sobre este tema, indicando que:

En ese orden de ideas, las entidades estatales que tengan un régimen especial de contratación y que actualmente no se encuentran en la obligación de utilizar para estos efectos esta plataforma transaccional, tienen un plazo de seis (6) meses para empezar a publicar sus procesos por medio del SECOP II.

**1.1. Fecha y alcance de la obligatoriedad del SECOP 11 en 2022 para las entidades estatales que en su gestión contractual cuentan con un régimen excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

Para la vigencia 2022 las entidades que apliquen un régimen especial de contratación de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 2195 de 2022, tienen un período de transición de seis (6) meses para publicar todos los documentos relacionados con su actividad contractual en la plataforma del SECOP II.

En consecuencia, su uso obligatorio empezará a regir a partir del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, sin que sea posible por vía reglamentaria o en sus reglamentos internos de contratación -también conocidos como “Manuales de Contratación"- hacer extensivo el plazo previsto en la Ley.

Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, por parte de estas entidades estatales, podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma.

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

El artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 dispone 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 comento–, a saber: los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[11]](#footnote-12), 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 acudirse 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, tal como se explicó en apartados anteriores de este concepto. 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.

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»[[12]](#footnote-13). Esto significa que no riñe la disminución del puntaje con la verificación de las anotaciones contenidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Ahora bien, en la consulta se pregunta si, cuando las entidades exceptuadas se rigen por el EGCAP, en virtud de los dispuesto por el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, deben dar aplicación a lo ordenado por el artículo 58, y si, en tal medida, deben reducir el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes 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.

Como se indicó en los párrafos previos, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 determina que los «procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo *se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»*. De otro lado, el artículo 58, además ser una norma que regula el proceso de selección sometido al EGCAP, establece su aplicabilidad por parte de las «Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación».

Por tanto, de la lectura de las dos normas se concluye que las entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado deben aplicar lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, cuando se presente el supuesto regulado en el artículo 56. Lo anterior, por cuanto el artículo 58 es una norma del *procedimiento de selección*, y el artículo 56 dice que «*Los procedimientos de selección* y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica» (énfasis fuera de texto).

**2.4. 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 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 jurídica[[13]](#footnote-14).

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.

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 regirán 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 «juzgado» 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 posterior[[14]](#footnote-15). 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 2000[[15]](#footnote-16). De otro lado, 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. A este fenómeno se le denomina aplicación ultractiva de la norma[[16]](#footnote-17).

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 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, 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 anterior, 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 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[[17]](#footnote-18). 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[5][[18]](#footnote-19). En este sentido, Ias 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, Ias 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 eI artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, por expresa disposición de las reglas de interpretación de los documentos tipo.

De lo anterior se desprende que 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 a los 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, respetando las excepciones establecidas en el mencionado artículo[[19]](#footnote-20).

**3. Respuesta**

«1. Sírvase aclarar si ¿el listado de entidades públicas a que se refiere el artículo 2ª de la Ley 2195 de 2022 será aplicable a todo tipo de entidades sin ánimo de lucro, esto es, si comprende a aquellas entidades que se denominan entidades públicas sin ánimo de lucro?»

Como se indicó anteriormente, con fundamento en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la interpretación de normas que integran el *sistema de compras y contratación pública*. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022, en principio, no es una disposición normativa que haga parte del sistema de compras y contratación pública, porque no regula una materia de la contratación estatal, sino de derecho administrativo sancionador, relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras. Por tanto, la interpretación de la expresión «entidades sin ánimo de lucro», empleada por el legislador en dicho artículo, debe ser definida en cada caso por la autoridad que goza de competencia para adelantar dicho procedimiento administrativo, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 2195 de 2022.

En todo caso, le recordamos que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas asociarse entre ellas, para ejecutar actividades que son de su competencia, creando en algunos casos personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter público. Tal es el sentido de la norma, cuando establece que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro». Por tanto, de un convenio de asociación celebrado entre entidades estatales puede surgir una persona jurídica sin ánimo de lucro de naturaleza pública, lo que reviste importancia para los efectos de la consulta que usted realiza, pues el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022 no diferencia tipos de entidad sin ánimo de lucro.

«2. Con respecto al artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, dentro de su primer párrafo, ¿cuál es el alcance de la expresión “de cualquier otra índole”?»

Como se desprende del primer inciso, la norma citada se refiere a los contratos, convenios interadministrativos o cualquier acuerdo de voluntad, independiente de su tipología o denominación contractual, celebrados entre entidades estatales sometidas al EGCAP con entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado. En ese sentido, este primer inciso señala que la adquisición de bienes, obras o servicios que deba realizarse con ocasión de los compromisos pactados en contratos o convenios suscritos entre entidades sometidas al EGCAP y entidades exceptuadas, debe adelantarse, de manera obligatoria, aplicando los documentos tipo expedidos por esta Agencia.

«3. En virtud del artículo 53, las entidades sujetas a un régimen de contratación especial deberán publicar los documentos, que se desarrollen en el marco de su actividad contractual, al SIGEP II. Por lo tanto, las entidades de un régimen especial, que iniciaron un proceso de adjudicación antes de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, ¿se encuentran obligadas a publicar los documentos contractuales en el SICOP II? ¿Aún cuando estos se encuentran en fase de selección?»

De acuerdo con las directrices impartidas por la Circular 002 de 2022 de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la respuesta sería la siguiente:

Para la vigencia 2022 las entidades que apliquen un régimen especial de contratación de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 2195 de 2022, tienen un período de transición de seis (6) meses para publicar todos los documentos relacionados con su actividad contractual en la plataforma del SECOP II.

En consecuencia, su uso obligatorio empezará a regir a partir del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, sin que sea posible por vía reglamentaria o en sus reglamentos internos de contratación -también conocidos como Manuales de Contratación"-hacer extensivo el plazo previsto en la Ley.

Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, por parte de estas entidades estatales, podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma.

«4. En cuanto a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, ¿cuál es el alcance de la expresión “Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de la Administración Pública” respecto de las entidades que no están sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993?»

El artículo 56 de la Ley 2195 de 2021 hace extensiva la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo, a los procedimientos de selección y los contratos celebrados por entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos, las personas naturales y jurídicas de derecho privado, con ocasión de compromisos derivados de contratos o convenios suscritos con entidades sometidas al EGCAP, que se rijan por documentos tipo. Esto significa que la norma no modifica todo el régimen jurídico de los mencionados tipos de entidades, sino que les aplica el régimen de contratación estatal bajo las precisas circunstancias previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, analizadas en este concepto.

«5. El artículo 56 de la Ley 2125 de 2022 establece la obligación de las entidades sometidas a un régimen especial de contratación de adoptar los documentos tipo dispuestos por Colombia Compra Eficiente. Sin embargo, el parágrafo 7, del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 indicó que los documentos tipo serán de carácter obligatorio para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, ¿cuál de las dos disposiciones normativas deben ser aplicadas por las entidades sometidas a un régimen especial de contratación?»

Conforme se explicó en el 2.2, en virtud de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública son de aplicación obligatoria, en principio, para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese sentido, el contenido normativo de la Ley 2022 de 2020, y en su momento también la Ley 1882 de 2018, *prima facie*, excluyen del ámbito de aplicación de los documentos tipo la contratación de entidades estatales de régimen exceptuado, por lo general, sujetas al derecho privado.

No obstante, este panorama ha variado de manera sustancial con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». En ese sentido, el principal efecto de esta norma es que las entidades estatales que tienen como régimen principal el EGCAP no podrían eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la contratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas, patrimonios autónomos o particulares, que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la contratación derivada de obras, bienes, obras o servicios siempre que exista documento tipo en el sector en el que se contrata.

 En ese sentido, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2021, se limita a hacer extensiva la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo, a los contratos celebrados por entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos, las personas naturales y jurídicas de derecho privado, con ocasión de compromisos derivados de contratos o convenios con entidades sometidas, manteniendo, en todo caso, la aplicación obligatoria de los documentos tipo a las entidades sometidas al EGCP regulada por la Ley 1150 de 2007.

«6. En el evento en que una entidad de régimen especial haga uso de los documentos tipo para la celebración de un contrato ¿éstas deberán aplicar el artículo 58 que dispone una disminución en la calificación de los oferentes a los que “se les haya impuesto una multa o más multas o cláusulas peales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para le presentación de las ofertas…”?».

Las entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado deben aplicar lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, cuando se presente el supuesto regulado en el artículo 56. Lo anterior, por cuanto el artículo 58 es una norma del *procedimiento de selección*, y el artículo 56 dice que «*Los procedimientos de selección* y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» (énfasis fuera de texto).

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. «ARTÍCULO 2. Modifíquese el Artículo [34](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34) de la Ley [1474](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#0) de 2011, el cual quedara así:

Artículo [34](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292#34). Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el Artículo 91 de la Ley [906](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787#0)de 2004, se aplicara un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos:

(i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración publica, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011 , o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; y (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

PARAGRAFO 1. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicara el régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria especial previsto en la Ley [1778](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542#0) de 2016 para esa falta administrativa.

PARAGRAFO 2. En la etapa de investigación de los delitos establecidos en el literal i) las entidades estatales posiblemente perjudicadas, podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable a las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia que hayan participado presuntamente en la comisión de los delitos». [↑](#footnote-ref-2)
2. Así lo prevé dicho artículo: «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

»Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal». [↑](#footnote-ref-3)
3. Esta decisión se encuentra en la Sentencia C-671 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán: «En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.

»En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, observa la Corte que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género".

»De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

»En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

»Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

»Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa». [↑](#footnote-ref-4)
4. «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». [↑](#footnote-ref-5)
5. 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». [↑](#footnote-ref-6)
6. 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». [↑](#footnote-ref-7)
7. 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 parágrafo 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». [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

»Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

»Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

»a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;

»b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

»d) Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

»[...]». [↑](#footnote-ref-9)
9. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

»[...]». [↑](#footnote-ref-10)
10. La Circular Externa 002 del 17 de marzo de 2022, de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, puede ser consultada en: <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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». [↑](#footnote-ref-12)
12. 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.

»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». [↑](#footnote-ref-13)
13. 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). [↑](#footnote-ref-14)
14. 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). [↑](#footnote-ref-15)
15. 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». [↑](#footnote-ref-16)
16. 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). [↑](#footnote-ref-17)
17. Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/circulares>. [↑](#footnote-ref-18)
18. [Cita propia del original]: «Regla incluida en la lntroducción del documento base de los documentos tipo para los sectores de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico y los de infraestructura social». [↑](#footnote-ref-19)
19. 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». [↑](#footnote-ref-20)