CCE-DES-FM-17

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

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

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

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

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

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

**IRRETROACTIVIDAD – Ley – Seguridad jurídica – Debido proceso**

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.

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.

**PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA – Aplicación excepción – Artículo 58 de la Ley 2195 de 2022**

[…] debe entenderse que para que aplique la excepción del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 el acto administrativo que impuso la multa debe haber sido objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues desde este momento se inicia el proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del CPACA y se ha puesto en marcha el aparato jurisdiccional. En tal sentido, para efectos del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, es viable inferir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo.

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

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Obligatoriedad**

[…] el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 es el antecedente más relevante de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio. 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. En virtud de las competencias atribuidas por la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte.

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.

**DOCUMENTOS TIPO – Matriz 1 – Experiencia – Infraestructura de Transporte – Infraestructura de agua potable y saneamiento básico – Acreditación de experiencia – Contratos con pluralidad de actividades**

[…] de conformidad con el literal A del numeral 3.5.1, esta Agencia señaló que los contratos que sean aportados por un proponente deben dar cuenta de la ejecución de las actividades establecidas como requisitos de experiencia general y específica. Sin embargo, conforme a lo dicho en el párrafo precedente, cuando el contrato aportado para cumplir el requisito contenía actividades relacionadas con la experiencia exigida, y otras que no, la entidad debía fraccionar la evaluación de la experiencia a efectos de solo tener en cuenta únicamente lo atinente a la parte del objeto contractual que cumplía con lo señalado en la matriz de experiencia, empleando para tal fin los documentos soporte allegados por el proponente. Esta tesis fue expuesta por la Agencia en el Concepto No. 2201913000007824 del 21 de octubre de 2019, al cual se le dio alcance mediante el concepto C-531 del 21 de agosto de 2020, expedido en relación con los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2, en relación con el fraccionamiento de la valoración de la experiencia acreditada con contratos con pluralidad de actividades.

De acuerdo lo expresado, la evaluación del requisito de experiencia, en los casos en los que se acredita con contratos que contienen pluralidad de actividades de las cuales solo algunas cumplen con el requisito de experiencia, debe hacerse únicamente respecto de las actividades que se ajustan al requisito de experiencia exigible según la Matriz 1 y el literal A del numeral 3.5.2 del Documento Base. Lo anterior, de conformidad con la tesis expuesta en el concepto citado, supone que solo se tengan en cuenta los valores de las actividades que efectivamente cumplen con el requisito de experiencia, descartando los valores de las actividades no relacionadas.

De otra parte, esta Agencia considera que el mismo razonamiento, según el cual la evaluación de la experiencia acreditada mediante un contrato con variadas actividades debe ser fraccionada en función de las actividades que sí se ajustan a las características de la experiencia exigida, es aplicable en lo relacionado a los requisitos de experiencia en términos de dimensionamiento. En otras palabras, en la evaluación de la experiencia con tales tipos de contratos, al igual que deben descartarse los valores correspondientes a las actividades no relacionadas con el requisito de experiencia, también deben ser descontadas las magnitudes físicas, longitudes o áreas sobre las que se ejecutaron obras que no se relacionan con la experiencia exigida. No obstante lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en relación con la forma en que se la acredita la experiencia cuando se ejecutan varias actividades y algunas de ellas no se relacionan con lo previsto en la «Matriz 1 - Experiencia», consideró necesario y oportuno concretar esta regla expresamente en el pliego de condiciones. Esto para determinar la conducta de las entidades ante estas circunstancias, y, por tanto, evitar confusiones o dobles interpretaciones en la aplicación del documento base.

En este sentido, esta Agencia expidió la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Con base en esta Resolución se estandarizó la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo y se realizaron modificaciones a los documentos base, formatos y anexos de los documentos tipo. Particularmente, frente a la acreditación de la experiencia se aclaró la forma en la cual se acredita esta cuando en un contrato se ejecutan varias actividades, de las cuales solo algunas se ajustan a lo exigido por la «Matriz 1 - Experiencia».

Por ello, el artículo 21 de dicha resolución adicionó el literal j) al numeral 3.5.3 de los documentos tipo de infraestructura de infraestructura de transporte así: « J. Cuando el contrato que se pretende acreditar como experiencia contenga varias actividades, de las cuales solo alguna de ellas se ajustan a lo exigido por la «Matriz 1 -Experiencia», asociadas con actividades de obra pública de infraestructura de transporte, Ia Entidad Estatal deberá descontar los valores del contrato, magnitudes y áreas construidas relacionadas con las actividades que se encuentran por fuera del requisito de experiencia». En esta misma línea, el artículo 23 de la precitada resolución adicionó el literal i) al numeral 3.5.3. de los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico así: «1. Cuando el contrato que se pretende acreditar como experiencia contenga varias actividades, de las cuales solo alguna de ellas se ajuste a lo exigido por la «Matriz 1 - Experiencia», asociadas con actividades de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, Ia Entidad Estatal deberá descontar los valores del contrato, magnitudes y áreas construidas relacionadas con las actividades que se encuentran por fuera del requisito de experiencia».

Conforme con lo señalado, cuando el contrato aportado para cumplir el requisito contiene actividades relacionadas con la experiencia exigida, y otras que no, la entidad debe fraccionar la evaluación de la experiencia a efectos de solo tener en cuenta lo atinente a la parte del objeto contractual que sí cumple con el requisito habilitante, empleando para tal fin los documentos soporte allegados por el proponente. No obstante, posteriormente en la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 se estableció en el artículo 11 una modificación al literal J del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo de licitación de obra pública y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte. Específicamente, este artículo ajusta la regla del documento base que se usa para descontar las actividades que no están relacionadas con el tipo de infraestructura de transporte. Al respecto, este artículo –que es la regla vigente– dispone: «Artículo 11 – MODIFÍQUESE EL LITERAL J DEL NUMERAL 3.5.3 DE LOS DOCUMENTOS TIPO DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS BAJO LA MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA Y SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA. Modifíquese el literal J) del numeral 3.5.3 de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública –Versión 3, adoptados mediante la Resolución 240 de 2020 y de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de selección abreviada de menor cuantía –Versión 2–, expedidos mediante la Resolución 241 de 2020, en los siguientes términos: […] J. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura.Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación».

Esta misma regla fue establecida en el artículo 38 de la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 con respecto al literal i) del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los de la modalidad de llave en mano –que es la regla vigente–. A partir de la regla modificada sobre la validez de la experiencia requerida en cuanto a la desagregación de actividades, se señala que esta no es absoluta, pues dependerá de cada contexto, en el entendido que la entidad tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas que se relacionan con la obra ejecutada, ya sea de infraestructura de transporte o de agua potable o saneamiento básico. Es decir, es válida la experiencia que se relaciona con el tipo de infraestructura que pretenda desarrollar. Por ejemplo, si el proponente dentro de los certificados que entrega a la entidad está la construcción de una vía se tendrán en cuenta si las actividades que en ella se realizaron están relacionadas con la infraestructura de transporte.

**MATRIZ 1 EXPERIENCIA – Agua potable y saneamiento básico – Actividad 6.1 – Experiencia general**

Particularmente, el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia» contempla los proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa. Esta actividad es aplicable cuando la entidad pública requiera ejecutar proyectos cuyo objeto sea la construcción –obra nueva– de unidades sanitarias destinadas exclusivamente a vivienda rural dispersa. Como experiencia general para esta actividad se solicita «proyectos que hayan contemplado actividades de: construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias o baterías sanitarias o unidades sanitarias».

Sobre este punto, es importante señalar que, conforme se establece en el «Anexo 3 – Glosario» de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, la palabra *proyecto* es definida como «toda obra o conjunto de obras que hayan permitido la ejecución de al menos uno de los componentes que integran el sistema acueducto o un sistema de alcantarillado y que cumplan con las condiciones señaladas en los documentos de la convocatoria». De este modo, la experiencia general solicitada en el numeral 6.1 se refiere a proyectos de obra cuya ejecución haya contemplado cualquiera de los componentes mencionados: i) construcción de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, y/o ii) instalación de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, más no que su alcance se limite exclusivamente a uno de estos.

**MATRIZ 1 EXPERIENCIA – Actividad 6.1 – Experiencia específica – Construcción – Sistemas de tratamiento en sitio de origen**

[…]. En este contexto, la construcción de sistema de tratamiento del que trata el numeral 6.1 de la «Matriz 1 Experiencia», aplica a toda obra de ingeniería nueva, que para el caso que nos ocupa corresponde a sistemas de tratamiento en el sitio de origen. Por ello, la experiencia a acreditar por parte del proponente debe dar cuenta de la actividad de construcción de dichos sistemas de tratamiento, indistintamente del material en el cual hayan sido construidos. Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal». Igualmente, en el artículo 29 *ibidem,* también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso».



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 12 Abril 2022

Señor

**Santiago Andrés Sánchez Mantilla**

Bogotá

 **Concepto C – 193 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 / IRRETROACTIVIDAD – Ley – Seguridad jurídica – Debido proceso / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA – Aplicación excepción – Artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 / DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Obligatoriedad / DOCUMENTOS TIPO – Matriz 1 – Experiencia – Infraestructura de Transporte – Infraestructura de agua potable y saneamiento básico – Acreditación de experiencia – Contratos con pluralidad de actividades / MATRIZ 1 EXPERIENCIA – Agua potable y saneamiento básico – Actividad 6.1 – Experiencia general / MATRIZ 1 EXPERIENCIA – Actividad 6.1 – Experiencia específica – Construcción – Sistemas de tratamiento en sitio de origen. |

**Radicación:** Respuesta a la consulta P20220228001953

Estimada Señor Sánchez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 25 de febrero de 2022.

1. **Problema planteado**

Con respecto a la vigencia del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 y sobre las reglas de la experiencia en documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico e infraestructura de transporte, usted realiza las siguientes consultas:

«1. El parágrafo 1, del aritculo de 58 de la ley 2195 de 2022, como se debe entender y aplicar por parte de las entidades al momento de realizar el análisis y evaluación de las ofertas.

a. Si el proponente sancionado, tiene una demanda radicada pero no admitida, en contra de la sanción impuesta, se debe o no descontar el puntaje?

b. Si la demanda ya fue admitida, pero aun no ha sido fallada, se debe o no descontar el puntaje?

c. Si la demanda fue radicada con posterioridad al cierre, se debe o no descontar el puntaje?

d. Si la demanda fue admitida con posterioridad al cierre, se debe o no descontar el puntaje?

e. Para procesos cuyo cierre haya sido antes de la entrada en vigencia de esta ley, igual les aplica el descuento de este puntaje?

f. Para procesos cuyo aviso de convocatoria haya sido antes de la entrada en vigencia de esta ley, igual les aplica el descuento de este puntaje?

»2. En la ultima (sic) versión de los documentos tipo, tanto de infraestructura de transporte y saneamiento básico, se incorporo (sic) para la evaluación de la experiencia lo siguiente:

*3.5.3. CONSIDERACIONES PARA LA VALIDEZ DE LA EXPERIENCIA REQUERIDA*

*J. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte* “(o saneamiento básico dependiendo del tipo de proceso)”*, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura.* *Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación.*

Sobre el numeral anterior, tenemos las siguientes dudas respecto a su aplicación: Supuesto 1: El objeto de la convocatoria es la construcción de una via urbana, y dentro del presupuesto se evidencian actividades ajenas a la infraestructura de transporte, como por ejemplo: redes de servicios públicos. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción de una via urbana, pero en sus actividades tiene algunas ajenas a la infraestructura de transporte, como son las redes de servicios públicos. 1. Debe la entidad desagregar el valor y descontar estas actividades, a pesar que en el mismo proyecto a contratar se contemplan actividades similares? Supuesto 2: Otro proponente aporta un contrato cuyo objeto es la reposición de redes de servicios públicos, pero en su alcance se especifica la construcción de una vía urbana. 1. Debe la entidad desagregar el valor y descontar estas actividades, a pesar que en el mismo proyecto a contratar se contemplan actividades similares? Supuesto 3: El objeto de la convocatoria es la construcción de el plan maestro de alcantarillado del municipio X. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio Y. 1. Debe la entidad desagregar el valor de obras de acueducto y alcantarillado, a pesar que en el objeto total del proyecto aportado se enmarca en obras de saneamiento básico. 2.Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así el objeto contractual del proyecto sea saneamiento básico. 3.Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así en el proceso a contratar se encuentren contempladas actividades similares? Supuesto 4: El objeto de la convocatoria es la construcción de un puente. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción de una vía y en su alcance se contempla la construcción de un puente. 1. Debe la entidad desagregar el valor de obras, a pesar que en el objeto total del proyecto aportado se enmarca en obras de infraestructura de transporte. 2. Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así en el proceso a contratar se encuentren contempladas actividades similares? Observaciones generales: Un contrato cuyo objeto se enmarque en su totalidad de infraestructura de transporte, y sea utilizado para un proyecto tipo de infraestructura de transporte, puede ser desagregado por la entidad? Si el objeto principal del proceso de selección es de infraestructura de transporte, pero en su alcance se evidencian actividades de otro tipo de actividades (espacio público, redes de servicios públicos) como se debería evaluar la experiencia aporta y desagregar el valor aportado.

3. Para procesos de saneamiento básico, cuyo objeto a contratar sea la construcción de unidades sanitarias, solicitamos aclarar que (sic) tipo de obras se enmarcan en PROYECTOS QUE HAYAN CONTEMPLADO ACTIVIDADES DE: CONSTRUCCIÓN Y/O INSTALACIÓN DE REDES HIDROSANITARIAS».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; ii) procedimiento administrativo sancionatorio contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; iii) alcance de la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales, establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022; iv) vigencia de las normas jurídicas, concretamente del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022; v) excepción a la reducción del puntaje conforme con el parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022; vi) generalidades de los documentos tipo; vii) acreditación de la experiencia en procesos regidos por documentos tipo de infraestructura de transporte y de agua potable y saneamiento básico, cuando se acredita con contratos con pluralidad de actividades; y viii) la actividad 6.1 de la Matriz de Experiencia de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, relacionada con proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, entre otros, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Así mismo, se expidieron los siguientes conceptos C- 035 del 2 de marzo de 2022, C-040 del 2 de marzo de 2022, C-061 del 8 de marzo de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, con respecto al alcance de la interpretación y aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, cuya tesis se reitera a continuación.

Con respecto a las consultas que se realizaron de documentos tipo, es bueno señalar que, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 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, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

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[[1]](#footnote-2). 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 este tipo de problemas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

A partir de estas consideraciones, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la experiencia concerniente a la pluralidad y desagregación de actividades, en los conceptos C-212 del 12 de julio de 2021, C-454 del 31 de agosto de 2021, C-507 del 9 de septiembre de 2021, C-058 del 8 de marzo de 2022, entre otros. En cuanto a la forma de establecer y acreditar la experiencia exigible en procesos de contratación adelantados con documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, la Agencia se ha pronunciado en los Conceptos C-018 del 23 de febrero de 2021, C-111 del 23 de marzo de 2021, C- 224 del 20 de mayo de 2021, C-233 del 24 de mayo de 2021, C-251 del 2 de junio de 2021 C-273 del 11 de junio de 2021, C-243 del 22 de junio de 2021, C-355 del 19 de julio de 2021, C-452 del 31 de agosto de 2021, C-454 del 31 de agosto de 2021, C-502 del 21 de septiembre de 2021, C-514 del 23 de septiembre de 2021, C-526 del 27 de septiembre de 2021, C-605 del 2 de noviembre de 2021 y C-711 del 19 de enero de 2022, entre otros. En lo pertinente, las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación.

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

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar – según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

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

[…] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado[[2]](#footnote-3).

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

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

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

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

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

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

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

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[3]](#footnote-4). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder[[4]](#footnote-5).

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso»[[5]](#footnote-6). De otro lado, la Corte Constitucional[[6]](#footnote-7) precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[7]](#footnote-8), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato»[[8]](#footnote-9).

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

**2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual: artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

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

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»[[9]](#footnote-10). A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

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

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[10]](#footnote-11). De ahí que las entidades de *régimen especial*[[11]](#footnote-12) en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este[[12]](#footnote-13). La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos[[13]](#footnote-14).

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[14]](#footnote-15).

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

La Ley 2195 de 2022, como lo establece su artículo 1, «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover (sic) 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–. Para entender la finalidad del Capítulo VIII, se exponen los antecedentes normativos, contenida en la exposición de motivos:

La experiencia demuestra que no bastan sanciones económicas, disciplinarias, fiscales o penales, sino que es necesario exaltar una verdadera política pública de prevención en el ejercicio de la actividad contractual y de la gestión pública. Por eso, este proyecto propone el fortalecimiento de algunas disposiciones jurídicas que promuevan la gestión contractual del Estado y faciliten los mecanismos de prevención de la corrupción en esa materia[[15]](#footnote-16).

En este contexto, el Capítulo VIII busca establecer herramientas para la lucha contra la corrupción y la salvaguarda de la transparencia en la gestión contractual. En tal sentido, la consulta que se estudia en esta oportunidad tiene que ver, precisamente, con el último aspecto señalado, es decir, con la reducción del puntaje ordenada por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Esta norma dispone:

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 aplica 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[[16]](#footnote-17), 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»[[17]](#footnote-18). 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 la reducción del puntaje establecida en el artículo 58 aplica en relación con las multas y cláusulas penales que hubieren quedado en firme antes de la expedición de la Ley 2195 de 2022. Para resolver esta inquietud la Agencia estima pertinentes algunos comentarios sobre la vigencia de las normas jurídicas en el tiempo.

**2.4. Vigencia de las normas jurídicas. El caso del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022**

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[[18]](#footnote-19).

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política –aplicable también a las actuaciones administrativas, como dispone 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 pueden extraerse 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, debe aplicarse 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[[19]](#footnote-20). 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[[20]](#footnote-21). De otro lado, en relación con las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de prescribir 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 ultraactiva de la norma[[21]](#footnote-22). En estos términos, la irretroactividad es la regla general en la aplicación de las normas, salvo casos especiales, por lo que la doctrina expresa:

Como es bien sabido, de la regla general sobre la operatividad en el tiempo de las normas se derivan dos excepciones: la retroactividad y la ultraactividad. A la primera se le conoce más bien por el principio general de derecho que establece que las normas jurídicas no deben aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna. Este principio constitucional constituye una limitación al legislador, más no un impedimento para la aplicación retroactiva de las normas. La segunda excepción ha sido menos controvertida, a pesar de que implica la aplicación de normas derogadas, ya que tiene por función la preservación de derechos específicamente determinados[[22]](#footnote-23).

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 dispone 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 rigiera 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, toda vez que vulneraría el debido proceso administrativo. Caso distinto es aquel en el que a un contratista se le aplica una multa, verbigracia, el 25 de febrero de 2022 y se presenta a una licitación pública el 18 de marzo 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.

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

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

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

La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

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

1. El objeto de la contratación a realizar.

2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.

3. El Cronograma.

4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condi­ciones y los estudios y documentos previos.

5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.

6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

De la disposición citada es posible afirmar que el proceso de selección *inicia formalmente* con el acto administrativo de apertura. Esto además es coherente, particularmente, con lo establecido respecto al procedimiento de licitación pública, en tanto el artículo 30, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 establece que: «La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado». En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo *da inicio al proceso de selección*, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones»[[23]](#footnote-24) (Cursiva fuera del original).

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

Es decir, si al 18 de enero de 2020 no se había publicado el acto administrativo de apertura, puede afirmarse que el procedimiento de selección no había *iniciado* formalmente. Esto significa que la diligencia o trámite procesal no había comenzado. Por ende, en tal caso, de conformidad con el primer inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las entidades estatales debían adecuar los documentos del proceso, teniendo en cuenta los establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, antes de publicar el acto administrativo de apertura, si para la fecha de publicación de este –se insiste– ya había entrado a regir la Ley mencionada. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de que se expidan adendas para ajustar el pliego de condiciones a las normas vigentes. Sin embargo, si el acto que inicia formalmente el procedimiento de selección de contratistas se había publicado antes del 18 de enero de 2022, las entidades estatales no estaban obligadas a aplicar lo prescrito en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, porque la diligencia o trámite procesal ya había comenzado. Es decir, en este evento se habría cumplido la condición para la aplicación ultractiva de la norma procesal prevista en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887[[24]](#footnote-25).

**2.5. Excepción a la reducción del puntaje conforme con el parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022**

El parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 establece una excepción a la reducción del puntaje por incumplimiento indicando que «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». Para entender el alcance de esta norma es importante realizar algunas precisiones.

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

En este contexto, surge la siguiente pregunta: ¿cómo debe entenderse la expresión que «sean objeto de medios de control jurisdiccional» incluida en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022? Esta Agencia considera que esta expresión alude a que el acto administrativo que impuso la multa sea materia de discusión mediante cualquiera de los medios de control jurisdiccional determinados en la Ley 1437 de 2011, es decir, que contra este se haya presentado una demanda y se encuentre en trámite el proceso judicial respectivo. Esto debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 179 del CPACA, referente a las etapas del proceso contencioso administrativo, el cual prescribe lo siguiente:

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

1. La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.

2. La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y

3. La tercera, desde la terminación de la anterior, hasta la notificación de la sentencia. Esta etapa comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la audiencia de pruebas y podrá dictar la sentencia oral dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

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

Lo anterior, sin perjuicio de lo indicado en el artículo [182A](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#182A) sobre sentencia anticipada. Cuando se profiera sentencia oral, en la respectiva acta se consignará su parte resolutiva.

De la lectura de este artículo es claro que la primera etapa de los procesos que se adelantan para decidir todos los litigios determinados en la Ley 1437 de 2011 que no cuentan con un trámite especial, inicia con la presentación de la demanda. En este sentido, la Ley 1437 de 2011 reconoce como punto de partida del proceso contencioso administrativo la presentación de la demanda, la cual pone en marcha el aparato jurisdiccional. Como lo expresa la doctrina, la demanda «es el acto procesal mediante el cual se formula la pretensión; en otras palabras: la demanda es el vehículo que utiliza el demandante para introducir sus pretensiones y poner en marcha el aparato jurisdiccional en ejercicio del derecho de acción»[[25]](#footnote-26).

Por consiguiente, debe entenderse que para que aplique la excepción del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 el acto administrativo que impuso la multa debe haber sido objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues desde este momento se inicia el proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del CPACA y se ha puesto en marcha el aparato jurisdiccional. En tal sentido, para efectos del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, es viable inferir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo.

Además de lo expuesto, esta postura resulta menos restrictiva para el proponente, en la medida en que la excepción del parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 aplicaría desde la instancia inicial del proceso contencioso administrativo y no en etapas posteriores como la admisión de la demanda, el fallo de primera instancia o el de segunda instancia, que suponen estar sujetos a la reducción del puntaje por un plazo mayor. A este respecto, es importante destacar que la medida del artículo 58 es una limitación en relación con la evaluación de la oferta del proponente como consecuencia de una circunstancia particular, por lo que ante varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que represente menor restricción para el derecho de las personas[[26]](#footnote-27).

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

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

Finalmente, es importante precisar que la interpretación realizada por la Agencia se deriva de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional en desarrollo de la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución decida reglamentar la materia.

**2.6. Documentos tipo: fundamento normativo y documentos adoptados hasta la actualidad**

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[[27]](#footnote-28), 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; facultad que no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 es el antecedente más relevante de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio. 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. En virtud de las competencias atribuidas por la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte.

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[[28]](#footnote-29).

 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, y 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[[29]](#footnote-30).

 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.

 Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su constitucionalidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación, se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. 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 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.

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

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio del año pasado, que en su artículo 1 modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y, por tanto, modificó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, asignando directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo[[30]](#footnote-31). En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública 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».

Asimismo, en el transcurso del año 2021, esta Agencia expidió la Resolución 193 del 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». De igual forma, el 6 de agosto de 2021, se adoptaron las Resoluciones 219 de 2021 «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social» y 220 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». Estos últimos documentos tipo tienen la particularidad de que los documentos adoptados por la Resolución de 219 de 2021 serán utilizados en forma transversal en los sectores de educación, salud y recreación, cultura y deporte. En esta línea, se expidió 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». Luego, se expidió 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».

No obstante, con la expedición de la Ley de Emprendimiento, se modificaron varios documentos tipo mediante la Resolución No. 161 del 17 de junio de 2021 «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», la cual rige para los procedimientos de selección cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 28 de junio de 2021.

Posteriormente, el Decreto 680 del 22 de junio de 2021 modificó la regla de origen aplicable a los Servicios Nacionales, con el fin de acercar el mercado de compras públicas a las empresas colombianas de manera directa o indirecta, promoviendo el empleo en el país y generando emparejamientos y encadenamientos productivos. En este sentido, el parágrafo 2 del artículo 3 del Decreto 680 del 22 de junio de 2021 otorgó un plazo de tres (3) meses contados a partir de su expedición, para que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adecúe los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en dicho decreto. Ante este cambio normativo, se expidió la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021, la cual ajusta los documentos tipo a las nuevas reglas de origen aplicables a los servicios nacionales. Posteriormente, con el Decreto 1860 de 2021, que reglamenta los artículos 30 a 35 de la Ley 2069 de 2020, se hizo necesario expedir la Resolución 146 del 25 de marzo de 2022, «Por la cual se modifican los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía».

En síntesis, hasta el momento se han expedido los siguientes documentos tipo que son obligatorios para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

i) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de abril de 2019.

ii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 10 de marzo de 2020.

iii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

iv) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 17 de febrero de 2020.

v) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

vi) Documentos tipo para procesos de mínima cuantía de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuya invitación pública se haya publicado a partir del 10 de junio de 2020.

vii) Documentos tipo para procesos de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

viii) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

ix) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

x) Documentos tipo para procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos, a partir del 1 de febrero de 2021.

xi) Documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte, para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde 9 de agosto de 2021

xi) Documentos tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura social, para los procesos cuyo aviso de convocatoria se publique desde 30 de agosto de 2021.

xii) Documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo, para los procesos cuyo aviso de convocatoria se publique desde 30 de agosto de 2021.

xiii) Documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud en los procedimientos de selección cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir del 3 de enero de 2022.

xiv) Documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte, para los procesos cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 22 de mayo de 2022.

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales cuyos contratos se rijan por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que adelanten procesos de contratación mediante la modalidad que establecen los documentos tipo para cada sector y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación determinado en la Matriz de Experiencia de cada documento tipo.

**2.7. Acreditación de la experiencia en procesos regidos por documentos tipo de infraestructura de transporte y de agua potable y saneamiento básico, cuando se acredita con contratos con pluralidad de actividades**

Para responder la consulta es de especial importancia precisar qué tratamiento debe darse en la evaluación a los supuestos en los que un contratista pretende cumplir el requisito de experiencia con contratos que involucraron la ejecución de pluralidad de actividades. En ese sentido, se debe determinar si la totalidad de las actividades ejecutadas son susceptibles de ser tenidas en cuenta para cumplir el requisito de experiencia establecido en la Matriz 1. Esto comoquiera que puede que existan actividades que, sin perjuicio de que hayan sido efectivamente ejecutadas por el proponente, no correspondan materialmente con las actividades a las que se refieren los requisitos de experiencia exigibles en aplicación de la Matriz 1.

Anteriormente, de conformidad con el literal A del numeral 3.5.1, esta Agencia señaló que los contratos que sean aportados por un proponente deben dar cuenta de la ejecución de las actividades establecidas como requisitos de experiencia general y específica. Sin embargo, conforme a lo dicho en el párrafo precedente, cuando el contrato aportado para cumplir el requisito contenía actividades relacionadas con la experiencia exigida, y otras que no, la entidad debía fraccionar la evaluación de la experiencia a efectos de solo tener en cuenta únicamente lo atinente a la parte del objeto contractual que cumplía con lo señalado en la matriz de experiencia, empleando para tal fin los documentos soporte allegados por el proponente. Esta tesis fue expuesta por la Agencia en el Concepto No. 2201913000007824 del 21 de octubre de 2019, al cual se le dio alcance mediante el concepto C-531 del 21 de agosto de 2020, expedido en relación con los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2, en relación con el fraccionamiento de la valoración de la experiencia acreditada con contratos con pluralidad de actividades. Al respecto, se expuso:

De conformidad con el literal A del numeral 3.5.1 del documento base y con la experiencia señalada en la Matriz 1, el proponente debe acreditar –y la entidad evaluar– la experiencia que corresponda con las actividades señaladas para acreditar la experiencia en la matriz indicada, por tanto, no pueden acreditarse y evaluarse actividades que no correspondan con las señaladas allí. En este sentido, en el caso hipotético de que un proponente acredite un contrato que contenga varias actividades ejecutadas y solo una corresponda con la exigida para acreditar la experiencia, de acuerdo a lo establecido en la Matriz 1, el proponente debe presentar o la entidad debe solicitar que se presente cada actividad con su respectivo valor, para lo cual se pueden utilizar los documentos señalados en el numeral 3.5.5., los cuales proceden cuando el proponente no está obligado a tener RUP o para detallar información que no consta en dicho registro, cuando la entidad requiera información adicional, por ejemplo, para discriminar las actividades ejecutadas en el contrato.

Con fundamento en lo anterior, la entidad podrá verificar la experiencia que se adquirió en un contrato en el que se ejecutaron varias actividades, para evaluar únicamente la que cumpla realmente con la experiencia exigida, discriminado su valor, descontando el valor de las actividades diferentes, que no se enmarcan en la experiencia definida en la Matriz 1[[31]](#footnote-32).

De acuerdo lo expresado, la evaluación del requisito de experiencia, en los casos en los que se acredita con contratos que contienen pluralidad de actividades de las cuales solo algunas cumplen con el requisito de experiencia, debe hacerse únicamente respecto de las actividades que se ajustan al requisito de experiencia exigible según la Matriz 1 y el literal A del numeral 3.5.2 del Documento Base. Lo anterior, de conformidad con la tesis expuesta en el concepto citado, supone que solo se tengan en cuenta los valores de las actividades que efectivamente cumplen con el requisito de experiencia, descartando los valores de las actividades no relacionadas.

De otra parte, esta Agencia considera que el mismo razonamiento, según el cual la evaluación de la experiencia acreditada mediante un contrato con variadas actividades debe ser fraccionada en función de las actividades que sí se ajustan a las características de la experiencia exigida, es aplicable en lo relacionado a los requisitos de experiencia en términos de dimensionamiento. En otras palabras, en la evaluación de la experiencia con tales tipos de contratos, al igual que deben descartarse los valores correspondientes a las actividades no relacionadas con el requisito de experiencia, también deben ser descontadas las magnitudes físicas, longitudes o áreas sobre las que se ejecutaron obras que no se relacionan con la experiencia exigida. No obstante lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en relación con la forma en que se la acredita la experiencia cuando se ejecutan varias actividades y algunas de ellas no se relacionan con lo previsto en la «Matriz 1 - Experiencia», consideró necesario y oportuno concretar esta regla expresamente en el pliego de condiciones. Esto para determinar la conducta de las entidades ante estas circunstancias, y, por tanto, evitar confusiones o dobles interpretaciones en la aplicación del documento base.

En este sentido, esta Agencia expidió la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Con base en esta Resolución se estandarizó la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo y se realizaron modificaciones a los documentos base, formatos y anexos de los documentos tipo. Particularmente, frente a la acreditación de la experiencia se aclaró la forma en la cual se acredita esta cuando en un contrato se ejecutan varias actividades, de las cuales solo algunas se ajustan a lo exigido por la «Matriz 1 - Experiencia».

Por ello, el artículo 21 de dicha resolución adicionó el literal j) al numeral 3.5.3 de los documentos base de los documentos tipo de infraestructura de transporte así: « J. Cuando el contrato que se pretende acreditar como experiencia contenga varias actividades, de las cuales solo alguna de ellas se ajustan a lo exigido por la «Matriz 1 -Experiencia», asociadas con actividades de obra pública de infraestructura de transporte, Ia Entidad Estatal deberá descontar los valores del contrato, magnitudes y áreas construidas relacionadas con las actividades que se encuentran por fuera del requisito de experiencia». En esta misma línea, el artículo 23 de la precitada resolución adicionó el literal i) al numeral 3.5.3. de los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico así: «1. Cuando el contrato que se pretende acreditar como experiencia contenga varias actividades, de las cuales solo alguna de ellas se ajuste a lo exigido por la «Matriz 1 - Experiencia», asociadas con actividades de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, Ia Entidad Estatal deberá descontar los valores del contrato, magnitudes y áreas construidas relacionadas con las actividades que se encuentran por fuera del requisito de experiencia».

Conforme con lo señalado, cuando el contrato aportado para cumplir el requisito contiene actividades relacionadas con la experiencia exigida, y otras que no, la entidad debe fraccionar la evaluación de la experiencia a efectos de solo tener en cuenta lo atinente a la parte del objeto contractual que sí cumple con el requisito habilitante, empleando para tal fin los documentos soporte allegados por el proponente. No obstante, posteriormente en la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 se estableció en el artículo 11 una modificación al literal J del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo de licitación de obra pública y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte. Específicamente, este artículo ajusta la regla del documento base que se usa para descontar las actividades que no están relacionadas con el tipo de infraestructura de transporte[[32]](#footnote-33). Al respecto, este artículo –que es la regla vigente– dispone:

Artículo 11 – MODIFÍQUESE EL LITERAL J DEL NUMERAL 3.5.3 DE LOS DOCUMENTOS TIPO DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS BAJO LA MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA Y SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA. Modifíquese el literal J) del numeral 3.5.3 de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública –Versión 3, adoptados mediante la Resolución 240 de 2020 y de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de selección abreviada de menor cuantía –Versión 2–, expedidos mediante la Resolución 241 de 2020, en los siguientes términos:

J. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura.

Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación.

 Esta misma regla fue establecida en el artículo 38 de la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 con respecto al literal i) del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los de la modalidad de llave en mano –que es la regla vigente–[[33]](#footnote-34). A partir de la regla modificada sobre la validez de la experiencia requerida en cuanto a la desagregación de actividades, se señala que esta no es absoluta, pues dependerá de cada contexto, en el entendido que la entidad tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas que se relacionan con la obra ejecutada, ya sea de infraestructura de transporte o de agua potable o saneamiento básico. Es decir, es válida la experiencia que se relaciona con el tipo de infraestructura que pretenda desarrollar. Por ejemplo, si el proponente dentro de los certificados que entrega a la entidad está la construcción de una vía se tendrán en cuenta si las actividades que en ella se realizaron están relacionadas con la infraestructura de transporte.

En todo caso, debe destacarse que, sin perjuicio de la competencia de esta Agencia para la expedición de documentos tipos otorgada por la Ley 2022 de 2020, son las entidades estatales encargadas de aplicarlos quienes deben analizar el objeto que pretenden contratar, para determinar si el mismo es subsumible dentro de alguna actividad cobijada por un documento tipo, y si los certificados de experiencia allegados con las actividades ejecutadas por un proponente cumplen con lo establecido en la «Matriz 1 – Experiencia» y el respectivo proyecto de infraestructura que se pretende materializar, ya sea de forma parcial o total. Al respecto, las especificaciones y particularidades del objeto a contratar, así como su relación de correspondencia con lo señalado en la «Matriz 1 – Experiencia», indicarán si el certificado de experiencia cumple con lo establecido, de acuerdo con lo que se pretenda contratar, aplicando en cada caso concreto la regla establecida en el literal j.

**2.8.** **Actividad 6.1 de la Matriz de Experiencia de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. Proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa**

Teniendo en cuenta la tercera pregunta del peticionario, corresponde analizar la actividad 6.1 de la Matriz de Experiencia de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, relacionada con los proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa.

En este sentido, el numeral 6 de la «Matriz 1 – Experiencia», contempla las obras de infraestructura de «Unidades Sanitarias para Vivienda Rural Dispersa». La unidad sanitaria está conformada de manera general por «un sanitario, una ducha, un lavamanos y un lavadero. Esta unidad contará con sus respectivas cajas de inspección, un filtro anaerobio de flujo ascendente FAFA y un campo de infiltración»[[34]](#footnote-35). Esto significa que la unidad sanitaria es un conjunto de elementos sanitarios que serán destinados a viviendas rurales. En este sentido, esta actividad es aplicable cuando se requieran proyectos que incluyan, en su conjunto, unidades sanitarias para vivienda rural dispersa, sea para su construcción o para su optimización y/o mejoramiento y/o adecuación y/o ampliación y/o reforzamiento y/o rehabilitación y/o mantenimiento.

Particularmente, el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia» contempla los proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa. Esta actividad es aplicable cuando la entidad pública requiera ejecutar proyectos cuyo objeto sea la construcción –obra nueva– de unidades sanitarias destinadas exclusivamente a vivienda rural dispersa. Como experiencia general para esta actividad se solicita «proyectos que hayan contemplado actividades de: construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias o baterías sanitarias o unidades sanitarias».

Sobre este punto, es importante señalar que, conforme se establece en el «Anexo 3 – Glosario» de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, la palabra *proyecto* es definida como «toda obra o conjunto de obras que hayan permitido la ejecución de al menos uno de los componentes que integran el sistema acueducto o un sistema de alcantarillado y que cumplan con las condiciones señaladas en los documentos de la convocatoria». De este modo, la experiencia general solicitada en el numeral 6.1 se refiere a proyectos de obra cuya ejecución haya contemplado cualquiera de los componentes mencionados: i) construcción de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, y/o ii) instalación de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, más no que su alcance se limite exclusivamente a uno de estos.

Así, para acreditar la experiencia general establecida en el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia», el proponente podrá presentar contratos que comprendan actividades de obra relacionadas con la construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias, baterías sanitarias o unidades sanitarias, sea que el contrato contemple dicho objeto o que, siendo un contrato de objeto múltiple, cualquiera de estas sea una actividad incluida en la ejecución del mismo. Por tanto, debe demostrar que ha ejecutado, al menos, alguna de las actividades enlistadas, sin que sea necesario acreditar todas las actividades establecidas. Esta experiencia, conforme se expuso, debe ser acreditada en mínimo 1 y máximo 6 contratos, teniendo en cuenta que la cantidad de contratos que aporte para acreditar dicha experiencia determinará el porcentaje del valor del presupuesto oficial que la sumatoria de dichos contratos debe alcanzar para poder cumplir con el requisito habilitante. Además, el proponente deberá tener en cuenta las condiciones de acreditación de experiencia establecidas en el numeral 3.5. del documento base.

De otro lado, en cuanto a la experiencia específica, el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia» establece lo siguiente:

Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general debe acreditar experiencia en CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE TRATAMIENTOS EN EL SITIO DE ORIGEN (TANQUES O POZOS SÉPTICOS)

 Y

Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados deberá corresponder a la CONSTRUCCIÓN DE UNA CANTIDAD CORRESPONDIENTE AL (F%) DE LAS UNIDADES SANITARIAS a contratar por el presente proceso de selección. Para este aspecto, las unidades a construir corresponden a [la entidad debe indicar la cantidad de unidades sanitarias a construir].

Lo anterior significa que el proponente, además de acreditar la experiencia general en contratos cuyas actividades contemplen la construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias o baterías sanitarias o unidades sanitarias, deberá acreditar la experiencia específica en dos aspectos: i) la construcción de sistemas de tratamiento en el sitio de origen (tanques o pozos sépticos) y ii) la construcción de una cantidad correspondiente a un porcentaje determinado de las unidades sanitarias a contratar. Este porcentaje se establece con base en la cuantía del proceso de contratación y deberá ser redondeado a un valor entero de acuerdo con las nociones de la matemática aplicables en la materia[[35]](#footnote-36).

En relación con el *primer aspecto*, es preciso traer a colación la Resolución No. 330 del 8 de junio de 2017 expedida por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, «Por la cual se adopta el Reglamento Técnico Para el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico (RAS)». El artículo 256 de dicha Resolución define, entre otros conceptos, el tratamiento en el sitio de origen. Para tales efectos, indica que los sistemas de tratamiento en el sitio «son aquellos que se utilizan en lugares aislados, donde no existen redes de alcantarillado o no es posible construir un sistema integrado de alcantarillado, o donde se requiere remover la cantidad de sólidos suspendidos antes de verter el agua residual al sistema de alcantarillado».

Con base en lo anterior, se aclara que cuando la «Matriz 1 – Experiencia» establece que por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general debe acreditar experiencia específica en construcción de sistemas de tratamientos en el «sitio de origen», se refiere a que el proponente debe acreditar la experiencia en la construcción de sistemas de tratamiento, como tanques o pozos sépticos, que se construyen en lugares aislados como sistemas de tratamiento primario de las aguas residuales originadas en el sitio de generación, esto es, donde no existen redes de alcantarillado o no es posible construir redes de alcantarillado, como es el caso de la vivienda rural dispersa. Además, según se evidencia, para esta experiencia específica no se exige un número determinado de construcción de sistemas de tratamiento o el material del mismo, sino únicamente que el proponente acredite, en por lo menos 1 de los contratos válidos aportados, que cuenta con la experiencia allí contemplada.

Nótese que la experiencia específica solicitada se refiere concretamente a la «construcción». Según su significado literal, construcción es «la acción y efecto de construir»[[36]](#footnote-37) y este es definido como «Hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública»[[37]](#footnote-38). En este contexto, la construcción de sistema de tratamiento del que trata el numeral 6.1 de la «Matriz 1 Experiencia», aplica a toda obra de ingeniería nueva, que para el caso que nos ocupa corresponde a sistemas de tratamiento en el sitio de origen. Por ello, la experiencia a acreditar por parte del proponente debe dar cuenta de la actividad de construcción de dichos sistemas de tratamiento, indistintamente del material en el cual hayan sido construidos.

Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal». Igualmente, en el artículo 29 *ibidem,* también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso». Conforme a lo anterior, para analizar la experiencia específica señalada en el numeral 6.1 de la «Matriz 1 Experiencia» deberán aplicarse estas pautas hermenéuticas, de manera que las palabras allí contenidas se entenderán en su sentido natural y obvio, y las palabras técnicas se tomarán en el sentido que les de la ciencia que la utiliza.

Así las cosas, es deber de la entidad verificar que las actividades ejecutadas por el proponente se enmarquen en los proyectos de obra referidos en el numeral 6.1 de la «Matriz 1 - Experiencia», teniendo en cuenta los conceptos técnicos de ingeniería en materia de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. Por esta razón, es la entidad contratante, haciendo uso de la información técnica con la que cuenta, y de acuerdo con las valoraciones concretas, la que debe determinar si las actividades acreditadas se ubican en la noción de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los conceptos técnicos de la ingeniería aplicables.

En relación con el *segundo aspecto* de la experiencia específica, resulta pertinente señalar que la entidad deberá diligenciar dos aspectos teniendo en cuenta el proceso de contratación que se llevará a cabo. En primer lugar, deberá establecer el porcentaje de dimensionamiento, el cual se determina de acuerdo con la cuantía del proceso de contratación y, en segundo lugar, deberá indicar la cantidad de unidades sanitarias que se construirán, de acuerdo con el estudio de planeación realizado.

Bajo este contexto, la entidad deberá establecer el porcentaje de dimensionamiento acorde con la cuantía del proceso de contratación determinada en la «Matriz 1 – Experiencia». Por ejemplo, si el valor del presupuesto oficial se encuentra entre 100 y 1000 SMMLV y la cantidad de unidades a construir corresponda a 20, el porcentaje de dimensionamiento sería del 35%. Esto significa que el proponente deberá acreditar, en uno de los contratos válidos aportados, que cuenta con experiencia en la construcción del 35% de las unidades sanitarias a construir (20), esto es, experiencia específica en la construcción de, por lo menos, 7 unidades sanitarias.

Así las cosas, para efectos del numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia», el proponente deberá acreditar la experiencia general requerida, además de la experiencia específica en relación con la construcción de sistemas de tratamiento en sitio de origen, así como en la construcción de una cantidad correspondiente a un porcentaje determinado de las unidades sanitarias a contratar, indistintamente del material en el cual se acredite.

**3. Respuesta**

«*1. El parágrafo 1, del aritculo (sic) de 58 de la ley 2195 de 2022, como se debe entender y aplicar por parte de las entidades al momento de realizar el análisis y evaluación de las ofertas.*

*a. Si el proponente sancionado, tiene una demanda radicada pero no admitida, en contra de la sanción impuesta, se debe o no descontar el puntaje?*

*b. Si la demanda ya fue admitida, pero aun no ha sido fallada, se debe o no descontar el puntaje?*

*c. Si la demanda fue radicada con posterioridad al cierre, se debe o no descontar el puntaje?*

*d. Si la demanda fue admitida con posterioridad al cierre, se debe o no descontar el puntaje?*

De acuerdo a las preguntas motivo de consulta debe entenderse que para que aplique la excepción del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 el acto administrativo que impuso la multa debe haber sido objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues desde este momento se inicia el proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del CPACA y se ha puesto en marcha el aparato jurisdiccional. En tal sentido, para efectos del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, es viable inferir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo.

Además de lo expuesto, esta postura resulta menos restrictiva para el proponente, en la medida en que la excepción del parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 aplicaría desde la instancia inicial del proceso contencioso administrativo y no en etapas posteriores como la admisión de la demanda, el fallo de primera instancia o el de segunda instancia, que suponen estar sujetos a la reducción del puntaje por un plazo mayor. A este respecto, es importante destacar que la medida del artículo 58 es una limitación en relación con la evaluación de la oferta del proponente como consecuencia de una circunstancia particular, por lo que ante varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que represente menor restricción para el derecho de las personas[[38]](#footnote-39).

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

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

Ahora bien, debe precisarse que la excepción dispuesta en el parágrafo aplica en el evento que se haya presentado la demanda antes del cierre del proceso, teniendo en cuenta que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 dispone que debe examinarse la imposición de las multas o cláusulas penales el último año, que se cuenta a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas. Es decir, 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 y si es del caso este debe presentarse la radicación o presentación de la demanda para exceptuar lo prescrito en el artículo 58.

Finalmente, es importante precisar que la interpretación realizada por la Agencia se deriva de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional en desarrollo de la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución decida reglamentar la materia.

e. *Para procesos cuyo cierre haya sido antes de la entrada en vigencia de esta ley, igual les aplica el descuento de este puntaje?*

*f. Para procesos cuyo aviso de convocatoria haya sido antes de la entrada en vigencia de esta ley, igual les aplica el descuento de este puntaje?*

En torno a las preguntas, 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 dispone 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 rigiera 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, toda vez que vulneraría el debido proceso administrativo. Caso distinto es aquel en el que a un contratista se le aplica una multa, verbigracia, el 25 de febrero de 2022 y se presenta a una licitación pública el 18 de marzo 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.

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

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

*»2. En la ultima (sic) versión de los documentos tipo, tanto de infraestructura de transporte y saneamiento básico, se incorporo (sic) para la evaluación de la experiencia lo siguiente:*

*3.5.3. CONSIDERACIONES PARA LA VALIDEZ DE LA EXPERIENCIA REQUERIDA*

*J. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte “(o saneamiento básico dependiendo del tipo de proceso)”, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura. Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación.*

*Sobre el numeral anterior, tenemos las siguientes dudas respecto a su aplicación: Supuesto 1: El objeto de la convocatoria es la construcción de una via urbana, y dentro del presupuesto se evidencian actividades ajenas a la infraestructura de transporte, como por ejemplo: redes de servicios públicos. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción de una via urbana, pero en sus actividades tiene algunas ajenas a la infraestructura de transporte, como son las redes de servicios públicos. 1. Debe la entidad desagregar el valor y descontar estas actividades, a pesar que en el mismo proyecto a contratar se contemplan actividades similares? Supuesto 2: Otro proponente aporta un contrato cuyo objeto es la reposición de redes de servicios públicos, pero en su alcance se especifica la construcción de una vía urbana. 1. Debe la entidad desagregar el valor y descontar estas actividades, a pesar que en el mismo proyecto a contratar se contemplan actividades similares? Supuesto 3: El objeto de la convocatoria es la construcción de el plan maestro de alcantarillado del municipio X. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio Y. 1. Debe la entidad desagregar el valor de obras de acueducto y alcantarillado, a pesar que en el objeto total del proyecto aportado se enmarca en obras de saneamiento básico. 2.Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así el objeto contractual del proyecto sea saneamiento básico. 3.Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así en el proceso a contratar se encuentren contempladas actividades similares? Supuesto 4: El objeto de la convocatoria es la construcción de un puente. El proponente al presentar su oferta allega un contrato cuyo objeto es la construcción de una vía y en su alcance se contempla la construcción de un puente. 1. Debe la entidad desagregar el valor de obras, a pesar que en el objeto total del proyecto aportado se enmarca en obras de infraestructura de transporte. 2. Si en el contrato aportado, en sus actividades se ejecutaron obras de pavimentación asociadas a la infraestructura de transporte. Debe la entidad desagregar este valor, así en el proceso a contratar se encuentren contempladas actividades similares? Observaciones generales: Un contrato cuyo objeto se enmarque en su totalidad de infraestructura de transporte, y sea utilizado para un proyecto tipo de infraestructura de transporte, puede ser desagregado por la entidad? Si el objeto principal del proceso de selección es de infraestructura de transporte, pero en su alcance se evidencian actividades de otro tipo de actividades (espacio público, redes de servicios públicos) como se debería evaluar la experiencia aporta y desagregar el valor aportado.*

Conforme con lo señalado en el numeral 2.7 de este concepto, y teniendo en cuenta el ámbito de competencias de esta Agencia, la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 estableció en el artículo 11 una modificación al literal J del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo de licitación de obra pública y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte. Específicamente, este artículo ajusta la regla del documento base que se usa para descontar las actividades que no están relacionadas con el tipo de infraestructura de transporte. Al respecto, este artículo dispone:

 Artículo 11 – MODIFÍQUESE EL LITERAL J DEL NUMERAL 3.5.3 DE LOS DOCUMENTOS TIPO DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS BAJO LA MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA Y SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA. Modifíquese el literal J) del numeral 3.5.3 de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública –Versión 3, adoptados mediante la Resolución 240 de 2020 y de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de selección abreviada de menor cuantía –Versión 2–, expedidos mediante la Resolución 241 de 2020, en los siguientes términos:

j. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura.

Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación.

 Esta misma regla fue establecida en el artículo 38 de la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 con respecto al literal i) del numeral 3.5.3. de los Documentos Tipo para procesos de Licitación Pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los de la modalidad de llave en mano[[39]](#footnote-40). A partir de la regla modificada sobre la validez de la experiencia requerida en cuanto a la desagregación de actividades, se señala que esta no es absoluta, pues dependerá de cada contexto, en el entendido que la entidad tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas que se relacionan con la obra ejecutada, ya sea de infraestructura de transporte o de agua potable o saneamiento básico. Es decir, es válida la experiencia que se relaciona con el tipo de infraestructura que pretenda desarrollar. Por ejemplo, si el proponente dentro de los certificados que entrega a la entidad está la construcción de una vía se tendrán en cuenta si las actividades que en ella se contemplan están relacionadas con la infraestructura de transporte.

En todo caso, debe destacarse que, sin perjuicio de la competencia de esta Agencia para la expedición de documentos tipos otorgada por la Ley 2022 de 2020, son las entidades estatales encargadas de aplicarlos quienes deben analizar el objeto que pretenden contratar, para determinar si el mismo es subsumible dentro de alguna actividad cobijada por un documento tipo, y si los certificados de experiencia allegados con las actividades ejecutadas por un proponente cumplen con lo establecido en la «Matriz 1 – Experiencia» y el respectivo proyecto de infraestructura que se pretende materializar, ya sea de forma parcial o total. Al respecto, las especificaciones y particularidades del objeto a contratar, así como su relación de correspondencia con lo señalado en la «Matriz 1 – Experiencia», indicarán si el certificado de experiencia cumple con lo establecido, de acuerdo con lo que se pretenda contratar, aplicando en cada caso concreto la regla establecida en el literal j.

3. Para procesos de saneamiento básico, cuyo objeto a contratar sea la construcción de unidades sanitarias, solicitamos aclarar que tipo de obras se enmarcan en PROYECTOS QUE HAYAN CONTEMPLADO ACTIVIDADES DE: CONSTRUCCIÓN Y/O INSTALACIÓN DE REDES HIDROSANITARIAS».

Con respecto a la pregunta se señala que particularmente, el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia» contempla los proyectos de construcción de unidades sanitarias para vivienda rural dispersa. Esta actividad es aplicable cuando la entidad pública requiera ejecutar proyectos cuyo objeto sea la construcción –obra nueva– de unidades sanitarias destinadas exclusivamente a vivienda rural dispersa. Como experiencia general para esta actividad se solicita «proyectos que hayan contemplado actividades de: construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias o baterías sanitarias o unidades sanitarias».

Sobre este punto, es importante señalar que, conforme se establece en el «Anexo 3 – Glosario» de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, la palabra *proyecto* es definida como «toda obra o conjunto de obras que hayan permitido la ejecución de al menos uno de los componentes que integran el sistema acueducto o un sistema de alcantarillado y que cumplan con las condiciones señaladas en los documentos de la convocatoria». De este modo, la experiencia general solicitada en el numeral 6.1 se refiere a proyectos de obra cuya ejecución haya contemplado cualquiera de los componentes mencionados: i) construcción de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, y/o ii) instalación de redes hidrosanitarias o de baterías sanitarias o de unidades sanitarias, más no que su alcance se limite exclusivamente a uno de estos.

Así, para acreditar la experiencia general establecida en el numeral 6.1 de la «Matriz 1 – Experiencia», el proponente podrá presentar contratos que comprendan actividades de obra relacionadas con la construcción y/o instalación de redes hidrosanitarias, baterías sanitarias o unidades sanitarias, sea que el contrato contemple dicho objeto o que, siendo un contrato de objeto múltiple, cualquiera de estas sea una actividad incluida en la ejecución del mismo. Por tanto, debe demostrar que ha ejecutado, al menos, alguna de las actividades enlistadas, sin que sea necesario acreditar todas las actividades establecidas. Esta experiencia, conforme se expuso, debe ser acreditada en mínimo 1 y máximo 6 contratos, teniendo en cuenta que la cantidad de contratos que aporte para acreditar dicha experiencia determinará el porcentaje del valor del presupuesto oficial que la sumatoria de dichos contratos debe alcanzar para poder cumplir con el requisito habilitante. Además, el proponente deberá tener en cuenta las condiciones de acreditación de experiencia establecidas en el numeral 3.5. del documento base.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez CardonaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión ContractualKarlo Fernández CalaGestor T1-15 de la Dirección General |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual (E)  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P. [↑](#footnote-ref-3)
3. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 16.367. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.Expediente: 17.009. [↑](#footnote-ref-6)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)
8. Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-10)
10. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-11)
11. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-12)
12. Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C–434 del 29 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
13. La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

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

 [↑](#footnote-ref-14)
14. En este sentido, Suárez Tamayo indica: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165). [↑](#footnote-ref-15)
15. SENADO DE LA REPÚBLICA. GACETA DEL CONGRESO. AÑO XXIX - Nº 1249. Exposición de motivos del proyecto de Ley 341 de 2020. [↑](#footnote-ref-16)
16. 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-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. 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-20)
20. 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-21)
21. La Corte Constitucional explica el fenómeno de la ultraactividad de la ley en los siguientes términos: «La ultraactividad 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 ultraactividad, 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-22)
22. HUERTA OCHOA, Carla. Teoría del derecho. Cuestiones relevantes. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. pp. 110-111. [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Exp. 31.297. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-24)
24. 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-25)
25. SANABRÍA SANTOS, Henry. Derecho Procesal Civil General. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Junio de 2021. Pág. 439 [↑](#footnote-ref-26)
26. En efecto, de conformidad con el principio *pro libertate* «entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce y el ejercicio cabal del derecho sobre aquella que lo anula o lo restringe». Corte Constitucional. C-445 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-27)
27. «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-28)
28. 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-29)
29. 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-30)
30. «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-31)
31. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-531 del 21 de agosto de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000006510. Radicado de salida No. 2202013000007770. [↑](#footnote-ref-32)
32. En relación con este aspecto, en las consideraciones de la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021 se señaló lo siguiente, como fundamento de la modificación: «Que se requiere aclarar la regla prevista en el literal J) del numeral «3.5.3 Consideraciones para la validez de la experiencia requerida» en los Documentos Tipo de obra de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía –regla que se replica en el literal I) del numeral «3.5.3 Consideraciones para la validez de la experiencia requerida» para los Documentos Tipo de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico adelantados bajo la modalidad de licitación pública y los de la modalidad llave en mano– con el fin de precisar que en los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de infraestructura de transporte, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas en este tipo de infraestructura. Para estos efectos, el proponente deberá acreditar los valores y magnitudes dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del pliego de condiciones. Además, se precisa que de no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación». [↑](#footnote-ref-33)
33. «Artículo 38 – MODIFÍQUESE EL LITERAL I DEL NUMERAL 3.5.3 DE LOS DOCUMENTOS TIPO PARA PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO Y LOS DE LA MODALIDAD LLAVE EN MANO. Modifíquese el literal I) numeral 3.5.3 de los Documentos Tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, adoptado mediante la Resolución 248 de 2020 y el de la modalidad llave en mano, expedidos mediante la Resolución 249 de 2020, en los siguientes términos:

» I. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de agua potable y saneamiento básico, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura. Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación». [↑](#footnote-ref-34)
34. Ministerio de vivienda, Ciudad y Territorio y Departamento Nacional de Planeación. Proyectos Tipo. Construcción de Unidades Sanitarias para Vivienda Rural Dispersa. Versión 3.0. Año 2020. Disponible en: <https://proyectostipo.dnp.gov.co/images/pdf/unidadesanitarias/PT-Unidades-Sanitarias-V3---22072020.pdf> [↑](#footnote-ref-35)
35. De conformidad con el numeral 4 del acápite de características de la Matriz 1 – Experiencia «La entidad en el establecimiento de los requisitos de experiencia, y % de dimensionamiento tendrá en cuenta las reglas matemáticas de aproximación. Si la parte decimal es menor a 0,5 se aproximará por defecto al valor entero inmediatamente anterior (p.ej. 8,3 se aproxima a 8); si la parte decimal es igual o superior a 0,5 se aproxima por exceso al número entero inmediatamente siguiente (p.ej. 8,6 a 9)». [↑](#footnote-ref-36)
36. Definición Rae. <https://dle.rae.es/construcci%C3%B3n> [↑](#footnote-ref-37)
37. Definición Rae. <https://dle.rae.es/construir> [↑](#footnote-ref-38)
38. En efecto, de conformidad con el principio *pro libertate* «entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce y el ejercicio cabal del derecho sobre aquella que lo anula o lo restringe». Corte Constitucional. C-445 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-39)
39. «Artículo 38 – MODIFÍQUESE EL LITERAL I DEL NUMERAL 3.5.3 DE LOS DOCUMENTOS TIPO PARA PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO Y LOS DE LA MODALIDAD LLAVE EN MANO. Modifíquese el literal I) numeral 3.5.3 de los Documentos Tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, adoptado mediante la Resolución 248 de 2020 y el de la modalidad llave en mano, expedidos mediante la Resolución 249 de 2020, en los siguientes términos:

»I. El cumplimiento de los requisitos de experiencia que impliquen la acreditación de valores y magnitudes intervenidas deberá evaluarse de acuerdo con lo señalado en la Matriz 1 – Experiencia para la respectiva actividad a contratar. En los contratos aportados como experiencia que contengan actividades ejecutadas ajenas a la obra de agua potable y saneamiento básico, la Entidad Estatal solo tendrá en cuenta los valores y magnitudes ejecutadas relacionadas con este tipo de infraestructura. Para estos efectos, el oferente deberá acreditar los valores y magnitudes intervenidas dentro del respectivo contrato, empleando alguno de los documentos válidos establecidos en el numeral 3.5.6 del Pliego de Condiciones. En todo caso, la Entidad Estatal permitirá la subsanación, en los términos del numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, requiriendo al Proponente para que acredite los valores ejecutados y magnitudes intervenidas. De no lograrse la discriminación de los valores y magnitudes ejecutadas en el marco del respectivo contrato, la Entidad Estatal no lo tendrá en cuenta para la evaluación». [↑](#footnote-ref-40)