CCE-DES-FM-17

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

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 establecido en el citado artículo 58, en los procedimientos de selección que adelanten.

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

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, por lo que las entidades no pueden fijar un porcentaje menor al señalado.

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

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. Así pues, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad estatal realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1°**

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 en atención a lo establecido en el parágrafo 1, el cual indica: «La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan»; por ejemplo, si la persona acude al medio de control de controversias contractuales, una de cuyas pretensiones puede ser «[…] que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales», según lo dispone el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Valga aclarar que, el artículo 58 no exige que el demandante haya solicitado la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Aunque no exista dicha medida, si se constata que el acto administrativo fue objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, 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, de lo cual se concluye que el legislador optó por realizar una distinción en su tratamiento.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Presentación demanda**

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 da inicio al proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 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 colegir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo, por lo que no es necesario que la misma se encuentre admitida para la aplicación de la excepción prevista en el parágrafo 1° de la disposición en estudio.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Documentos**

[…] Para estos efectos, al proponente que se le haya impuesto una o más multas mediante acto administrativo y pretenda que se aplique la excepción del parágrafo primero del artículo en comento, deberá presentar el documento respectivo que acredite la radicación de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con las normas que rigen la materia. Vale reiterar que únicamente procederá la excepción planteada si la demanda versa sobre el acto administrativo que impuso la multa y se presentó mediante los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Será deber de la entidad contratante incluir en sus pliegos de condiciones la manera como los proponentes deberán acreditar la presentación de la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El medio de acreditación que la entidad pública exija deberá cumplir con un contenido mínimo que permita, con suficiencia y veracidad, verificar que el proponente respectivo cumple con los requisitos necesarios para la procedencia de la excepción descrita en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Solicitud de conciliación – Admisión demanda**

Ahora bien, frente a la pregunta si para la aplicación la excepción consagrada en el parágrafo 1° es válida la radicación de la solicitud de la conciliación ante la Procuraduría, debe señalarse que, la conciliación extrajudicial es un requisito previo para demandar, de acuerdo con el numeral 1° artículo 161 del CPACA, por lo cual, quien solo ha hecho la solicitud de conciliación prejudicial aún no ha ejercido su *derecho de acción*, pues todavía no ha acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Incluso, podría suceder que nunca demande porque la pretensión caducó, a pesar de haber intentado la conciliación, caso en el cual el acto administrativo nunca sería objeto de los medios de control.

Tampoco es requisito para que no se aplique la reducción de puntaje al proponente que se le haya impuesto una multa que la demanda se encuentre admitida, pues como se viene exponiendo a lo largo de este concepto basta con la radicación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CCE-DES-FM-17

Icono

Descripción generada automáticamente



Bogotá D.C., 08 de agosto de 2022

Señor

**Santiago Andres Sánchez Mantilla**

**INFRAESTRUCTURA Y VIAS S.A.S.**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C- 563 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Ámbito de aplicación / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Porcentaje / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Sujetos pasivos / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Presentación demanda / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Documentos / REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 – Parágrafo 1° – Solicitud de conciliación – Admisión demanda |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220727007351 |

Estimado señor Sánchez Mantilla:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de julio del 2022.

1. **Problemas planteados**

Respecto del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, usted realiza las siguientes preguntas:

«Solicitamos respetuosamente a ustedes aclarar referente a la aplicación del articulo 58 ley 2195 de 2022, en relación con el paragrafo primero donde se estipula que el descuento por este concepto no se aplica a las multas que 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.

Respecto a la anterior situación, que documentos se deben presentar como soporte para que no sea aplicable el descuento de este puntaje?

El radicado de la solicitud de conciliación a procuraduría, previo al inicio de la demanda de nulidad contra el acto es valida?

El radicado de la demanda es valido o es necesario que la misma se encuentre admitida?» (SIC).

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021 y C-528 del 5 de abril de 2021, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Asimismo, en los conceptos C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2022, C-061 del 8 de marzo de 2022, C-088 del 22 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, C-143 del 31 de marzo de 2022, C-162 del 5 de abril de 2022, C-193 del 12 de abril de 2022, C-194 del 12 de abril de 2022, C-208 del 27 de abril de 2022, C-085 del 29 de abril de 2022, C-265 del 4 de mayo de 2022, C-278 del 9 de mayo de 2022 analizó el alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, complementándolas con la interpretación de la norma que suscita las inquietudes del peticionario.

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

El pasado 18 de enero, se expidió la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». Según su artículo 1°, este cuerpo normativo «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia”, se ubican los artículos 50 al 58 que, en su conjunto, regulan los siguientes aspectos: i) el registro de la contabilidad, por parte de los contratistas del Estado obligados a ello, que ejecuten recursos públicos –artículo 50–, ii) la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los contratos de alimentación escolar –artículo 51–, iii) las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados con el objeto señalado anteriormente –artículo 52–, iv) el deber de las entidades que cuentan con un régimen contractual especial, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II –artículo 53–, v) la nueva causal de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios *no* uniformes de común utilización –artículo 54–, vi) la obligación de adoptar el modelo de autoevaluación periódico para los sujetos obligados a implementar políticas de transparencia y ética empresarial –artículo 55–, vii) la aplicación de los documentos tipo a entidades con régimen especial –artículo 56–, viii) la obligación, radicada en los revisores fiscales, de denunciar los actos de corrupción –artículo 57–, y ix) la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos –artículo 58–.

Para efectos de dar respuesta su consulta es necesario referirse al último de los aspectos señalados, es decir, a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Conforme con surge del trámite legislativo, el citado artículo «[...] busca que la competencia por el mercado de los contratos públicos tenga como variable los antecedentes contractuales de los proponentes, generándose incentivos para la calidad en los servicios y bienes provistos»[[1]](#footnote-1). Por ello, esta disposición se refiere a la reducción de puntaje durante la evaluación de las ofertas al proponente que se le haya impuesto una o más multas o cláusulas penales, prescribiendo lo siguiente:

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

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

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

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

Como puede advertirse, esta disposición contiene varias las reglas para su efectiva aplicación, las cuales se proceden a explicar a continuación:

*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 establecido en el citado artículo 58, en los procedimientos de selección que adelanten.

*ii)* Sin embargo, el deber de reducción del puntaje, para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto en el artículo que se viene comentando, tiene algunas excepciones. Los supuestos en los que no opera dicha disminución son los consagrados en el primer inciso del artículo 58, esto es, los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2), 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, por lo que las entidades no pueden fijar un porcentaje menor al señalado.

*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 declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias. Así pues, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad estatal realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

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

*vi)* Si el afectado por la imposición de una o más *multas*[[3]](#footnote-3) demanda la decisión correspondiente, no podrá aplicarse la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58 bajo análisis. Esto en atención a lo establecido en el parágrafo 1, el cual indica: «La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan»; por ejemplo, si la persona acude al medio de control de controversias contractuales, una de cuyas pretensiones puede ser «[…] que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales», según lo dispone el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Valga aclarar que, el artículo 58 no exige que el demandante haya solicitado la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Aunque no exista dicha medida, si se constata que el acto administrativo fue objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, 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, de lo cual se concluye que el legislador optó por realizar una distinción en su tratamiento.

Ahora bien, obsérvese que el artículo en comento es claro en establecer que la reducción del puntaje no puede aplicarse si los actos administrativos que decretaron las multas fueron «[…] objeto de medios de control jurisdiccional *a* través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan» (énfasis fuera de texto). En consecuencia, esta circunstancia solo se presenta si se ha radicado una demanda, haciendo uso de los medios de control regulados en la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del derecho fundamental de *acción* previsto en el artículo 229 de la Constitución[[4]](#footnote-4). No puede afirmarse que un acto administrativo ha sido «objeto» de un «medio de control» si no se ha interpuesto la demanda. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el objeto de una de las preguntas planteadas en su consulta gira en torno a determinar si para aplicar la excepción consagrada en el parágrafo 1° es válida la radicación de la solicitud de la conciliación a Procuraduría, debe señalarse que, la conciliación extrajudicial es un requisito previo para demandar, de acuerdo con el artículo 161, numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[5]](#footnote-5). Por tanto, quien solo ha hecho la solicitud de conciliación prejudicial aún no ha ejercido su derecho de acción, pues todavía no ha acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Incluso, podría suceder que nunca demande porque la pretensión caducó, a pesar de haber intentado la conciliación, caso en el cual el acto administrativo nunca sería objeto de los medios de control[[6]](#footnote-6).

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

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la excepción a la reducción de puntaje establecida en el parágrafo 1 del artículo 58 exige que el acto administrativo que impuso la multa efectivamente haya sido sometido a control de legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica que se haya presentado una demanda y se encuentre en trámite el proceso judicial respectivo, sin perjuicio de los requisitos previos que deban cumplirse para ello. Esto además se sustenta en lo dispuesto en el artículo 179 del del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establecen las tres etapas a través de las cuales se deben dirimir los litigios, la primera de las cuales inicia con la presentación de la demanda.[[7]](#footnote-7). 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»[[8]](#footnote-8).

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 da inicio al proceso contencioso administrativo, en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 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 colegir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo, por lo que no es necesario que la misma se encuentre admitida para la aplicación de la excepción prevista en el parágrafo 1° de la disposición en estudio.

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[[9]](#footnote-9).

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.

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

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

Será deber de la entidad contratante incluir en sus pliegos de condiciones la manera como los proponentes deberán acreditar la presentación de la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El medio de acreditación que la entidad pública exija deberá cumplir con un contenido mínimo que permita, con suficiencia y veracidad, verificar que el proponente respectivo cumple con los requisitos necesarios para la procedencia de la excepción descrita en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

En todo caso, esta Agencia considera que si el proponente quiere beneficiarse por el efecto del parágrafo 1 del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 debe haber presentado la demanda antes del cierre del procedimiento de selección. Aunque dicho enunciado normativo no lo señala expresamente, aquel debe interpretarse en armonía con el inciso segundo del parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que impide a los proponentes «acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso», norma que no circunscribe dicha prohibición a los requisitos habilitantes, sino que lo expresa de manera genérica, debiéndose aplicar, por ende, tanto a los requisitos que no otorgan puntaje, como a los de calificación. Además, permitir que un proponente acredite que, *después del cierre del procedimiento*,ha demandado los actos que le impusieron las sanciones sería violatorio del derecho fundamental a la igualdad[[10]](#footnote-10) de los demás proponentes, porque implicaría un *mejoramiento* de la oferta[[11]](#footnote-11) por parte de quien se afectaría por la reducción del puntaje.

*vii)* La reducción del puntaje que exige efectuar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, como lo expresa su parágrafo 2, debe aplicarse «sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020»[[12]](#footnote-12). Esto significa que la disminución del puntaje no riñe con la verificación de las anotaciones contenidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

*vii)* Aunque el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 guarda silencio sobre el *debido proceso* que habrá de garantizársele al proponente cuando la entidad estatal pretenda reducirle el puntaje, dicha norma debe interpretarse en armonía con el primer inciso del artículo 29 de la Constitución Política, el cual dispone que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales *y administrativas*» (énfasis fuera de texto). Es decir, el operador jurídico debe realizar una interpretación *conforme* con la Constitución, atendiendo a su carácter supremo[[13]](#footnote-13). Por ello, la Agencia considera que la reducción del puntaje regulada en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no debería aplicarse de plano, sino que debe estar precedida de la verificación de los presupuestos contenidos en la norma en comento para efectos de reducir el puntaje.

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

Finalmente, vale la pena mencionar que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la Circular 001 de 2022 precisó que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es una norma de orden público, lo que significa que es imperativa y obligatoria a partir de su expedición, por lo que no puede ser obviada o desconocida en los procesos de contratación[[14]](#footnote-14). En consecuencia, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo para los procesos de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán atender la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos en los procesos de contratación que adelanten. Concretamente, en relación con los documentos tipo señaló que:

Al respecto, es importante mencionar que la adopción de estos documentos no exime a las entidades estatales de la obligación de tener en cuenta la normativa y jurisprudencia aplicable a los procesos de contratación, así como de cumplir lo ordenado por sentencia judicial [5][[15]](#footnote-15). En este sentido, Ias entidades estatales tienen el deber de aplicar las normas vigentes, aunque éstas no estén previstas de forma expresa en los documentos tipo, por tratarse de una preceptiva recién expedida, que pasó a ser parte del ordenamiento jurídico, como es el caso del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, disposición que tiene plena vigencia, pues no está supeditada a ninguna condición para su entrada en vigor.

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

De acuerdo con lo anterior, en los procesos adelantados con documentos tipo las entidades estatales deberán reducir durante la evaluación de las ofertas, en la etapa precontractual, el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales, en los términos explicados. Por consiguiente, en la Circular 001 de 2022 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente exhorta a las entidades para la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 en los procesos contractuales regidos por documentos tipo[[16]](#footnote-16).

**3. Respuesta**

«Solicitamos respetuosamente a ustedes aclarar referente a la aplicación del articulo 58 ley 2195 de 2022, en relación con el paragrafo primero donde se estipula que el descuento por este concepto no se aplica a las multas que 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.

Respecto a la anterior situación, que documentos se deben presentar como soporte para que no sea aplicable el descuento de este puntaje?

El radicado de la solicitud de conciliación a procuraduría, previo al inicio de la demanda de nulidad contra el acto es valida?

El radicado de la demanda es valido o es necesario que la misma se encuentre admitida?» (SIC).

De acuerdo con las consideraciones expuestas, el parágrafo 1° del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es claro en establecer que la reducción del puntaje no puede aplicarse si los actos administrativos que decretaron las multas fueron «[…] objeto de medios de control jurisdiccional *a través de las acciones* previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan» (énfasis fuera de texto). Esta Agencia considera que la expresión que «sean objeto de medios de control jurisdiccional» incluida en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 alude a que el acto administrativo que impuso la multa sea materia de discusión mediante el ejercicio de cualquiera de los medios de control jurisdiccional previstos en la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, que contra este se haya presentado una demanda y se encuentre en trámite ante el juez respectivo. Lo anterior conforme con lo dispuesto en el artículo 179 del CPACA que indica que la primera etapa de los procesos contencioso administrativos, que no cuentan con un trámite especial, inicia con la presentación de la demanda.

De esta manera, la presentación de la demanda se constituye en el criterio interpretativo del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, de manera que la reducción del puntaje no se aplicará cuando el acto administrativo que impuso la multa haya sido demandado mediante cualquiera de los medios de control establecidos en el Título III de la parte segunda del CPACA.

Para efectos de la aplicación del parágrafo 1° del artículo citado, el proponente al que se le haya impuesto una multa mediante acto administrativo y pretenda que se aplique la excepción del parágrafo 1° del artículo 58 referido, deberá presentar el documento respectivo que acredite la presentación de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Esta Agencia considera que, será deber de la entidad contratante incluir en sus pliegos de condiciones la manera como los proponentes deberán acreditar la presentación de la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El medio de acreditación que la entidad pública exija deberá cumplir con un contenido mínimo que permita, con suficiencia y veracidad, verificar que el proponente respectivo cumple con los requisitos necesarios para la procedencia de la excepción descrita en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

Ahora bien, frente a la pregunta si para la aplicación la excepción consagrada en el parágrafo 1° es válida la radicación de la solicitud de la conciliación ante la Procuraduría, debe señalarse que, la conciliación extrajudicial es un requisito previo para demandar, de acuerdo con el numeral 1° artículo 161 del CPACA, por lo cual, quien solo ha hecho la solicitud de conciliación prejudicial aún no ha ejercido su *derecho de acción*, pues todavía no ha acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Incluso, podría suceder que nunca demande porque la pretensión caducó, a pesar de haber intentado la conciliación, caso en el cual el acto administrativo nunca sería objeto de los medios de control.

Tampoco es requisito para que no se aplique la reducción de puntaje al proponente que se le haya impuesto una multa que la demanda se encuentre admitida, pues como se viene exponiendo a lo largo de este concepto basta con la radicación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esta postura resulta menos restrictiva para el proponente, en la medida en que la excepción del parágrafo 1° 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. Al 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

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 emita alguna regla distinta sobre la materia.

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

Atentamente,

Texto, Carta

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Informe de Ponencia para primer debate del proyecto de Ley Número 369 de 2021 Cámara – 341 de 2020 Senado. Gaceta del Congreso de la República No. 1677 del 23 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC_1677_2021.pdf> [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. Debe advertirse que el parágrafo 1 del artículo 58 se refiere solo a las *multas*; no a las cláusulas penales. Por tal razón, la posibilidad de eximirse de la reducción del puntaje solo procede por haber demandado los actos administrativos que imponen la *multas*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Según el cual «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado». [↑](#footnote-ref-4)
5. El cual dispone: «La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

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

   »<Inciso modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, pensionales, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

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

   »[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Así lo consagra el artículo 21 de la Ley 640 de 2001: «La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable».

   [↑](#footnote-ref-6)
7. «Artículo 179. Etapas. El proceso para adelantar y decidir todos los litigios respecto de los cuales este código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial, en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes etapas:

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

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

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

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

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

   »Lo anterior, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 182A sobre sentencia anticipada. Cuando se profiera sentencia oral, en la respectiva acta se consignará su parte resolutiva». [↑](#footnote-ref-7)
8. SANABRÍA SANTOS, Henry. Derecho Procesal Civil General. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Junio de 2021. Pág. 439 [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. La igualdad es un principio de la función administrativa, que, en tal sentido, debe aplicarse en materia contractual, de conformidad con los artículos 13 y 209 de la Constitución. La primera de dichas disposiciones establece que «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica». Así lo ha entendido el Consejo de Estado: «El principio de igualdad ha sido recogido por la casi la totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundametal del Estado; también está previsto en el artículo 13 como principio y derecho fundamental; y finalmente, está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa.

    »[…]

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

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

    »Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo; sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como por ejemplo, la selección objetiva, la transparencia, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 39005). [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 30, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a la licitación, prohíbe a los oferentes «completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta norma dispone: «En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas».

    »Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.

    »Cualquier controversia o solicitud que surja en relación con los reportes eje información que suministre la entidad contratante, serán resueltos por esta, atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normatividad vigente». [↑](#footnote-ref-12)
13. El *principio de interpretación conforme* con la Constitución –en tanto «norma de normas», en los términos del artículo 4 de aquella– fue explicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-054 de 2016 –expedida con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva–. Al respecto, el alto tribunal sostuvo que «[…] el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que de acuerdo con el principio de interpretación conforme, […], las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales». [↑](#footnote-ref-13)
14. Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/circulares>. [↑](#footnote-ref-14)
15. [Cita propia del original]: «Regla incluida en la lntroducción del documento base de los documentos tipo para los sectores de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico y los de infraestructura social». [↑](#footnote-ref-15)
16. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa 001 de 2020. «La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- exhorta a las entidades estatales para que en los procedimientos de selección que se realicen utilizando los documentos tipo apliquen lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. En este sentido, las entidades deberán incorporar esta norma en el documento base de los documentos tipo, por ser una regla de orden público que es imperativa y de obligatorio cumplimiento.

    »Para ello, las entidades estatales regidas por los documentos tipo, salvo en los procesos de contratación de mínima cuantía, durante la evaluación de las ofertas deberán reducir el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». [↑](#footnote-ref-16)