

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral

Durante la ejecución de los contratos las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – 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.

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

Las Entidades sometidas al EGCAP, 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 acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las Entidades Estatales sometidas al EGCAP de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, conforme lo explicado en el considerando 2.1.

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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 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, más 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

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° – Admisión 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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 párrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, es viable colegir que desde la presentación de la demanda el acto administrativo es objeto del medio de control jurisdiccional respectivo, por lo que no es necesario que la misma se encuentre admitida para la aplicación de la excepción prevista en el párrafo 1° de la disposición en estudio.



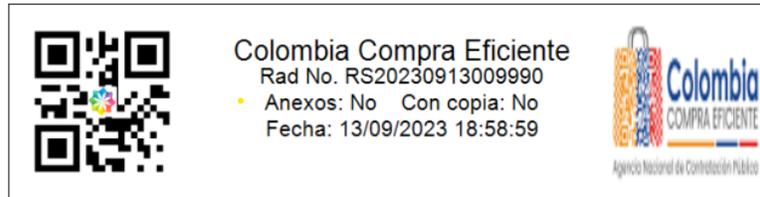
Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Bogotá D.C., 13 Septiembre de 2023.



Señor
Alexis Faruth Perea Sánchez
Director
Perea Vélez Camerano Abogados
Bogotá D.C.

Concepto C-226 de 2023

Temas: CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / 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° – Admisión demanda

Radicación: Respuesta a consulta P20230718013437

Estimado señor Perea 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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de julio de 2023.

1. Problema planteado

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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

“1. ¿De conformidad con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, las entidades públicas en sus pliegos de condiciones pueden determinar la reducción de puntajes a los proponentes que han sido sancionados por infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Colusión en licitaciones públicas)?

2. En caso de que las sanciones impuestas a los proponentes se encuentren siendo 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 ¿Es procedente la reducción de puntaje?

3. Si la multa impuesta al proponente tiene más de un (1) año de haberse notificado éste, ¿Puede la entidad pública reducirle puntos durante la calificación que se haga en el proceso de contratación?”

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la

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 5° 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 8° 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”.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones –, resolverá la consulta planteada en el numeral 1 de su escrito, conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y; ii) alcance de la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales, establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-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, C-563 del 8 de agosto de 2022, analizó el alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

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 – en adelante EGCAP – 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.

² Los conceptos referenciados” así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia” al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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

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

“[...] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado”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 (5) 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 – en adelante RUP –.

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

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

C.P.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 EGCAP 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 EGCAP, 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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 EGCAP, 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 les 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 contrato⁴. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP –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

⁴ Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales” en los términos del artículo 1501 del Código Civil.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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”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”⁶. De otro lado, la Corte Constitucional⁷ 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 Estado⁸, 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

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916.

⁶ 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.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato”⁹.

Ahora bien, en atención a la pregunta planteada, resulta necesario indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 están prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. En el mismo sentido, el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, al cual hace referencia en su consulta, prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Si bien, en Colombia las prácticas anticompetitivas en compras públicas, como los descritos en el párrafo anterior, componen una infracción administrativa e incluso un delito penal, por lo cual la Entidad Estatal debe denunciar actividades irregulares a las autoridades competentes, lo cierto es que las sanciones que se puedan imponer por dichas infracciones son diferentes a las multas y las cláusula penal que pueden ser impuestas por una Entidad Estatal en el marco de la ejecución de un contrato por el incumplimiento del contratista de sus obligaciones. Como se ha señalado en este concepto, 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. En ambos casos, es indispensable que se hayan pactado en contrato y, en el caso las multas, de conformidad con el 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.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Agencia considera que en cada caso será necesario verificar las causales establecidas en el contrato para la imposición de las multas por incumplimientos y la inclusión de la cláusula penal, con el fin de que la Entidad Estatal establezca la procedencia de imponerlas o declararla, respectivamente.

Estudiadas la potestad de *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar el alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

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

⁹ Ibídem.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

El 18 de enero de 2022, 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 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”¹⁰. 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

¹⁰ Informe de Ponencia para primer debate del proyecto de Ley Número 369 de 2021 Cámara – 341 de 2020 Senado. Gaceta del Congreso de la República No. 1677 del 23 de noviembre de 2021. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC_1677_2021.pdf



FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 sometidas al EGCAP, 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 EGCAP, 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 2007¹¹, 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

¹¹ Es decir” “La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades” que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas” con independencia de su diseño o de sus características descriptivas” y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento”. Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las Entidades Estatales sometidas al EGCAP de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, conforme lo explicado en el considerando 2.1.

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. Tampoco aplicaría a sanciones administrativas impuestas por prácticas competitivas que se presenten en un proceso de selección, en la medida que la reducción del puntaje que establece el artículo objeto de estudio está dirigida aquellos oferentes a quienes se les haya impuesto una o más *multas* o *cláusulas* penales durante el último año, de lo cual se concluye que la reducción del puntaje castiga a aquellos proponentes que han incumplido con sus obligaciones contractuales. En todo caso debe reiterarse que, en cumplimiento del principio de tipicidad, las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer deben estar determinadas de forma pormenorizada en el contrato, por lo cual dependerá de cada caso las actuaciones que pueden dar lugar a la imposición de las multas.

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 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*¹² 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 párrafo 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

¹² Debe advertirse que el párrafo 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*.



FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 párrafo frente a la reducción de puntaje solo se estableció en relación con las multas, más 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 Constitución¹³. No puede afirmarse que un acto administrativo ha sido “objeto” de un “medio de control” si no se ha interpuesto la demanda.

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.

¹³ 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”.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 contenciosa 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 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.¹⁴. 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”¹⁵.

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

¹⁴ “Artículo 179. Etapas. El proceso para adelantar y decidir todos los litigios respecto de los cuales este código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial” en primera y en única instancia” se desarrollará en las siguientes etapas:

1. La primera” desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.
2. La segunda” desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas” y
3. La tercera” desde la terminación de la anterior” hasta la notificación de la sentencia. Esta etapa comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

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

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

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

¹⁵ SANABRÍA SANTOS” Henry. Derecho Procesal Civil General. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Junio de 2021. Pág. 439



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 personas¹⁶.

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.

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.

¹⁶ 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.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 igualdad¹⁷ de los demás proponentes, porque implicaría un *mejoramiento* de la oferta¹⁸ 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”¹⁹. Esto significa que la disminución del puntaje no riñe

¹⁷ La igualdad es un principio de la función administrativa” que” en tal sentido” debe aplicarse en materia contractual” de conformidad con los artículos 13 y 209 de la Constitución. La primera de dichas disposiciones establece que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos” libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo” raza” origen nacional o familiar” lengua” religión” opinión política o filosófica”. Así lo ha entendido el Consejo de Estado: “El principio de igualdad ha sido recogido por la casi totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundamental del Estado; también está previsto en el artículo 13 como principio y derecho fundamental; y finalmente” está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa.

[...]

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

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

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

¹⁸ El artículo 30” numeral 8” de la Ley 80 de 1993” refiriéndose a la licitación” prohíbe a los oferentes “completar” adicional” modificar o mejorar sus propuestas”.

¹⁹ 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”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

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 supremo²⁰. 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.

3. Respuesta

“1. ¿De conformidad con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, las entidades públicas en sus pliegos de condiciones pueden determinar la reducción de puntajes a los proponentes que han sido sancionados por infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Colusión en licitaciones públicas)?

De conformidad con lo expuesto, el artículo 58 de la Ley 2195 del 2022 establece un mecanismo de reducción de puntaje en los procesos de contratación celebrados por entidades sometidas al EGCAP. Esta medida tiene como propósito estimular la competencia en el mercado de los contratos públicos, introduciendo como variable los antecedentes contractuales de los proponentes, con lo que se busca generar un incentivo

“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”.

²⁰ 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”.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

para la calidad en los servicios y bienes provistos”. Por ello, esta disposición se refiere a la reducción de puntaje durante la evaluación de las ofertas para los proponentes que a los se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales.

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” (énfasis fuera del texto). Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las Entidades Estatales sometidas al EGCAP de declarar el incumplimiento contractual, para decretar multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, conforme lo explicado en el considerando 2.1.

La imposición unilateral de la multa o la cláusula penal 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 EGCAP –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.

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, 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”.

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



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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.

Ahora bien, en atención a la pregunta planteada, resulta necesario indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 están prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. En el mismo sentido, el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, al cual hace referencia en su consulta, prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Si bien, en Colombia las prácticas anticompetitivas en compras públicas, como los descritos en el párrafo anterior, componen una infracción administrativa e incluso un delito penal, por lo cual la Entidad Estatal debe denunciar actividades irregulares a las autoridades competentes, lo cierto es que las sanciones que se puedan imponer por dichas infracciones son diferentes a las multas y la cláusula penal que pueden ser impuestas por una Entidad Estatal en el marco de la ejecución de un contrato por el incumplimiento del contratista de sus obligaciones. Como se ha señalado en este concepto, 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. En ambos casos, es indispensable que se hayan pactado en contrato y, en el caso las multas, de conformidad con el 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.

Así las cosas, la reducción del puntaje de que trata el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 tampoco aplicaría a sanciones administrativas impuestas por prácticas competitivas que se presenten en un proceso de selección, en la medida que la reducción del puntaje que establece el artículo objeto de estudio está dirigida aquellos oferentes a quienes se les haya impuesto una o más *multas* o *cláusulas* penales durante el último año, de lo cual se concluye que la reducción del puntaje castiga a aquellos proponentes que han incumplido con sus obligaciones contractuales. En todo caso debe reiterarse que, en cumplimiento del principio de tipicidad, las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer deben estar determinadas de forma pormenorizada en el contrato, por lo cual dependerá de cada caso las actuaciones que pueden dar lugar a la imposición de las multas.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Sin perjuicio de lo anterior, esta Agencia considera que en cada caso será necesario verificar las causales establecidas en el contrato para la imposición de las multas por incumplimientos y la inclusión de la cláusula penal, con el fin de que la Entidad Estatal establezca la procedencia de imponerlas o declararla, respectivamente.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

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: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

