

LA NOVEDOSA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INCENTIVO POR ADQUISICIÓN DE MATERIALES RECICLADOS¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. El artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 dispuso un incentivo para los oferentes que se obliguen a adquirir bienes provenientes de metales y plásticos reciclados. Dicho incentivo se añade a los establecidos con anterioridad, y supone una novedad en el sistema de la contratación estatal, que demuestra una tendencia a desplazar la selección de mejores ofertas, en términos de mejor ejecución, a una nueva perspectiva según la cual los contratistas deben aumentar su colaboración en la materialización de intereses estatales. El texto analiza los principales aspectos dogmáticos del incentivo, enfatizando en las problemáticas de su ámbito de aplicación y de su asignación en la calificación de las propuestas.

Introducción

A los incentivos aplicables a los bienes y servicios nacionales, a las personas con discapacidad y para los emprendimientos de mujeres la Ley 2232 de 2022 adiciona uno aplicable a los oferentes que se obliguen a adquirir bienes provenientes de metales o plásticos reciclados. Esto evidencia una tendencia novedosa en el sistema de la contratación pública, en el entendido de que ahora no solo se trata de un instrumento para satisfacer necesidades, sino que ya lo es mediante la aplicación de formas anteriormente desconocidas para materializar finalidades públicas, superiores o constitucionales. Desde esta perspectiva, la preocupación fundamental del legislador no es tanto seleccionar la mejor oferta, en términos de que satisfaga de mejor forma la necesidad de la Administración, sino que se elija a quienes colaboren en de mejor manera en la realización del interés general, en sus infinitas expresiones. Esto implica una tensión entre quienes sostienen que el objetivo de la contratación debería ser escoger a los mejores contratistas, que ejecuten de la mejor forma, a quienes consideran que el contratista debe coadyuvar

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de agosto de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Régimen de la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel V básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

no solo en la prestación de bienes y servicios sino también en el cumplimiento de propósitos públicos.

La Ley, que entró en vigencia el 8 de julio de 2022, tiene por objeto establecer «[...] medidas tendientes a la reducción gradual de la producción y consumo de ciertos productos plásticos de un solo uso y se dictan otras disposiciones», de modo que tiene altas pretensiones para impactar el medio ambiente de nuestra sociedad. Respecto a la inclusión del incentivo, basta mencionar que no estaba en el articulado original sino que se añadió en el primer debate en el senado y en el segundo se modificó, y que en ellos no existió un razonamiento profundo y sistemático de la inclusión, sino que se consideró como una medida adicional que permitía consolidar una ley tendiente a mejorar las condiciones medioambientales³.

1. Dogmática del incentivo por la adquisición de materiales reciclados

El artículo 19 de la Ley 2232 de 2022 dispone que las entidades y los particulares que administren recursos públicos que operen en el territorio nacional deben establecer en sus procedimientos de selección un puntaje mínimo del 5% para la calificación de los oferentes que se obliguen a adquirir productos o insumos provenientes de fuentes de reciclajes nacionales:

«Artículo 19°. Incentivo a la madera plástica y otros productos derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio. Las entidades estatales o las privadas que manejen recursos públicos y operen en el territorio nacional y que para el cumplimiento de sus objetivos adquieran bienes o desarrollen obras que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio, deberán establecer un puntaje mínimo del cinco por ciento (5%) de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, los cuales serán asignados proporcionalmente a aquellos proponentes que se obliguen a adquirir en una proporción mayor productos o insumos necesarios para el desarrollo del contrato que estén: (1) elaborados con madera plástica elaborada en su totalidad con materiales de fuentes de reciclaje nacional y/o (2) productos elaborados con mezclas de plásticos y metales u otros elementos que provengan de fuentes de reciclaje nacionales.

»Las entidades a las que se hace referencia en el presente artículo establecerán en todos los documentos de sus procesos de contratación, que el puntaje obtenido por los oferentes en virtud del porcentaje de compra o de uso de insumos elaborado con los materiales anteriormente

³ IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 274 del 6 de abril de 2022; IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 584 del 31 de mayo de 2022.

señalados será tenido en cuenta como factor de desempate entre propuestas que obtengan el mismo puntaje total de calificación».

Los subacápites siguientes destacan elementos hermenéuticos de la disposición que deben considerarse para identificar su alcance adecuadamente, en la medida en que el artículo no es extraño a los problemas interpretativos subyacentes a las normas. En consecuencia, en el primero se identifican las virtudes y problemas concernientes al ámbito de aplicación orgánico y en el segundo los problemas de la aplicación del incentivo en los procedimientos de selección. El artículo tiene tres párrafos en los que se impone la obligación al Gobierno de reglamentar la materia, con el propósito de profundizar esta clase de medidas, y los cuales se comentan en el segundo subapartado.

1.1. *Ámbito de aplicación orgánico: obligados a aplicar el incentivo*

El primer aspecto que se destaca de la disposición es el relativo a la aplicación orgánica del incentivo, esto es, a la identificación de los destinatarios que deben incluirlo en sus procesos de selección. En primer lugar, el artículo se refiere a «Las entidades estatales [...]», de manera no existe ninguna discriminación en cuanto a los sujetos públicos que deben aplicarla. Lo anterior significa, en términos precisos, que cualquier entidad, independiente del régimen jurídico contractual, debe otorgar el incentivo. Las entidades sometidas al EGCAP están habituadas a esta clase de disposiciones, en la medida en que, con anterioridad y por orden legal, incluyen esta clase de beneficios en sus contrataciones. Lo original de la expresión lo representan las entidades que tienen un régimen especial de contratación, debido a que su amplia discrecionalidad se limita por esta restricción adicional.

¿Esto implica que el legislador impuso la obligación a esta clase de entidades de tener un *pliego de condiciones* en el que incluyan el incentivo? Desde luego que no, porque lo único que les exige es que lo apliquen a sus oferentes, en el documento o el mecanismo que tengan en sus manuales de contratación para seleccionar contratistas. Ahora, la obligatoriedad del incentivo para las entidades exceptuadas del EGCAP sí supone una problemática de mayor envergadura, en el sentido de que puede interpretarse que, con fundamento en la disposición, estén obligadas adicionalmente a que tengan procesos de selección plurales, en los que se pueda otorgar el beneficio a la multiplicidad de proponentes que cumplan con las condiciones para que se les aplique. En otras palabras, una interpretación en virtud del artículo 19 consiste en asumir que el legislador tácitamente prohibió que las entidades con regímenes excepcionales seleccionaran directamente a sus contratistas, porque de esa manera sería imposible aplicar el incentivo a una pluralidad de oferentes.

El fundamento de la anterior postura se encuentra en las siguientes expresiones: «[...] deberán establecer un puntaje mínimo del cinco por ciento (5%) de los puntos *asignables a la calificación de las propuestas*, los cuales serán

asignados proporcionalmente a *aquellos proponentes* [...]» (énfasis adicional). Nótese que las palabras en cursivas evidencian la finalidad del legislador de aplicar el incentivo de manera grupal, es decir, a todos quienes demostraran reunir los requisitos necesarios para beneficiarse con el incentivo en la calificación de las propuestas. Es más, el hecho mismo de que la disposición contenga un incentivo en la calificación supone que debe existir cierta pluralidad de oferentes, ya que solo puede tener sentido que unos tengan una mejor calificación respecto a otros que no la reciban, o que, como mínimo, exista la potencialidad de que todos no se beneficien de ella.

La réplica a la anterior posición se fundamenta en una interpretación sistemática de la Ley 2232 de 2022, en tanto resulta sencillo reconocer que no se trata de un articulado que tenga como propósito principal modificar la estructura de los regímenes contractuales de la Administración. Dicho de otro modo, la norma no contiene más decisiones legislativas con las cuales pueda interpretarse que la finalidad del articulado consistió en modificar estructuralmente la manera en que las entidades exceptuadas contratan. En consecuencia, y proponiendo una interpretación que solucione una posible antinomia entre el artículo y el sistema normativo que prevalece la discrecionalidad de las entidades exceptuadas en la etapa precontractual, se considera que estas deben aplicar el incentivo en los procedimientos que admiten una pluralidad de oferentes. En ese sentido, si una entidad exceptuada no tiene ningún procedimiento de selección en los que invita a varios interesados a ofertar –por extraño que parezca–, significa que no existe obligación para que otorgue el incentivo. Por el contrario, las entidades que tienen tanto procedimientos de selección con participación plural, como de selección directa, solo deben aplicar el incentivo en aquellos, no en estos.

Una discusión adicional que ocasiona el incentivo en este punto radica en la posibilidad de que las entidades exceptuadas incluyeran el incentivo en sus procedimientos antes de la entrada en vigencia de la Ley. Esto no es más que discutir el alcance de la discrecionalidad de estos entes, en el entendido de si podían tomar esta clase de decisiones sin una habilitación legal. Inclusive, la cuestión también se plantea a las entidades sometidas al EGCAP, solo que las magnitudes de la discrecionalidad de estas, en comparación de aquellas, es evidentemente menor. Pero esto no obsta a que la pregunta se formule a toda la Administración, dado que tanto alguna sometida o exceptuada pudo haberse cuestionado alguna vez si tenía la competencia para incluir en sus procedimientos un incentivo a los proponentes que se obligaran a adquirir insumos provenientes del reciclaje nacional.

Si bien, como se introdujo, la inclusión de los incentivos en la contratación pública desdibuja la perspectiva tradicional de la selección del *mejor proponente*, en el sentido de que ahora no se escoge solo quien tenga mejor oferta, sino también

a quien cumpla con unas cargas añadidas a la contratación pública, no puede negarse que se trata de uno de los medios legítimos que tiene el Estado –en particular la Administración– para cumplir con sus finalidades. De ahí que doctrinalmente se explique que la contratación estatal tiene un *carácter instrumental*, porque además de ser el medio idóneo para satisfacer necesidades de bienes, servicios y obras, también es un mecanismo con el que se promueven intereses y propósitos superiores, constitucionales, generales o públicos⁴. Bajo esa óptica, la inclusión de incentivos como el analizado, que conforma un conjunto de medidas para preservar el medio ambiente, se legitima por los presupuestos que dirigen la acción del Estado⁵. Esto no es más que un aspecto que distingue la contratación pública de la contratación de los particulares, en la que no solo existen intereses económicos sino generales y públicos que justifican la modificación, ampliación o reducción del sistema.

En consecuencia, con fundamento en la estructura constitucional de 1991, en particular que «La función administrativa está al servicio de los intereses generales [...]» –art. 209 C.P.–, se considera que las entidades sometidas y exceptuadas al EGCAP podían incluir en sus procedimientos de selección incentivos como el dispuesto en la Ley 2232 de 2022. Una problemática usual en estos planteamientos consiste en el límite entre estas decisiones y otras que están reservadas al legislador, como las inhabilidades e incompatibilidades, lo cual no se presenta en esta ocasión, porque el incentivo *stricto sensu* no limita la participación de oferentes, sino que simplemente otorga beneficios a quienes asuman cargas adicionales en procura del interés público. Ahora, lo planteado no se limita al

⁴ Ernesto Matallana Camacho, comentando la Sentencia C-949 de 2001 de la Corte Constitucional y el inciso final del art. 150 superior, manifiesta que el carácter instrumental subyace a que el contrato no es un fin en sí mismo: «En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 136); José Luis Benavides admite que el carácter instrumental del contrato estatal implica la realización de finalidades públicas, pero también de intercambio económico: «La recuperación de la lógica contractual es la reafirmación del carácter instrumental del contrato, que deja de tener su esencia en la creación soberana de las partes expresada en las cláusulas contractuales en el momento de su celebración, o en la voluntad poderosa y privilegiada de la administración pública contratante. El contrato estatal es a la vez un *instrumento de realización de las finalidades públicas*, pero al mismo tiempo un *instrumento de intercambio económico*. El equilibrio entre estos dos intereses determina la dinámica contractual» [cursivas en el original] (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. 2ª ed. Reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 253).

⁵ En la exposición de motivos del proyecto de ley se identifican los impactos y necesidades de erradicar los plásticos de un solo uso y de promover la utilización de bienes provenientes del reciclaje (IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA. Gaceta del congreso 626 del 4 de agosto de 2020. p. 28).

supuesto escenario anterior a la entrada en vigencia de la Ley, porque bien puede admitirse el evento de que esta sea derogada. Esto quiere decir que, en caso de que el legislador termine la vigencia de la Ley 2232 de 2022, se sostiene que las entidades tienen la competencia para seguir incluyendo en sus pliegos –o documentos similares– incentivos de esta naturaleza. Se enfatiza en que el planteamiento se mantiene en caso de una derogatoria, porque si se trata de una declaratoria de inexecutable habría que analizar el alcance del precedente establecido.

Un aspecto adicional que debe comentarse, acerca del ámbito de aplicación orgánico del incentivo, trata de la inclusión de «Las entidades [...] privadas que manejen recursos públicos». Lo anterior implica que no solo Estado debe aplicar el incentivo, debido a que algunos particulares también deben cumplir con este requisito. La expresión se refiere principalmente a los particulares que administran parafiscales, como las cajas de compensación familiar o las federaciones. Son recursos que se recaudan como tributos, que se destinan específicamente a actividades de previsión social o gremiales, con el cual se cumplen propósitos de interés público, por lo cual componen la soberanía fiscal del Estado⁶. En ese sentido, existe una clara intención del legislador de obligar a que la mayoría de erogaciones de recursos públicos incentiven la adquisición de bienes provenientes de reciclaje nacional, porque se impone que estos particulares cumplan con estas cargas.

Como sucede con las entidades exceptuadas del EGCAP, esta decisión restringe la autonomía de la voluntad de esta clase de particulares, que ya no solo se preocuparán de escoger al mejor contratista, sino que deben calificar con ventaja a quienes cumplan las condiciones del art. 19. Se sostiene el mismo planteamiento formulado frente a las exceptuadas: ni el artículo o la Ley pretendieron modificar los regímenes de contratación, mucho menos el de los particulares, de tal forma que debe interpretarse que la aplicación del incentivo solo procede en los eventos en que ellos decidan seleccionar un contratista de una pluralidad de oferentes. Se reconoce la dificultad de esta postura, en el entendido de que por regla general los particulares contratan de manera directa, lo que supone que rara vez apliquen el incentivo. No obstante, esta falencia debe asumirla el legislador, que deberá modificar la disposición, para acentuar la eficacia del incentivo en las contrataciones de los particulares que administran recursos públicos.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-132 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

1.2. Problemáticas de la aplicación del incentivo por adquisición de materiales reciclados.

La siguiente expresión del artículo complementa el ámbito de aplicación orgánico del incentivo e introduce los elementos para su aplicación: «[...] que para el cumplimiento de sus objetivos adquieran bienes o desarrollen obras que sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio [...]». Es un complemento, en la medida en que delimita las entidades que deben cumplir con el incentivo, pero se trata de una delimitación tan amplia que realmente introduce de las condiciones que deben verificar las entidades para otorgar los puntos adicionales. Y es una delimitación amplia porque es extraño pensar que existan entidades públicas o particulares que administren recursos públicos que no tengan una sede física en la que requieran mobiliario. Gran parte de estos bienes pueden producirse con madera plástica o con materiales provenientes de fuentes de reciclaje nacionales, de manera que sería raro encontrar una entidad que no cumpliera con esta condición.

De ese modo, se trata de una introducción a los elementos principales para aplicar el incentivo, porque determina la clase de bienes que permiten que un particular se beneficie de los puntos adicionales: aquellos producidos o provenientes de fuentes de reciclaje nacional, incluido el polialuminio⁷. En efecto, el incentivo se aplica a los proponentes que se obliguen a adquirir en una proporción mayor productos o insumos necesarios para la ejecución del contrato que sean: «[...] (1) elaborados con madera plástica elaborada en su totalidad con materiales de fuentes de reciclaje nacional y/o (2) productos elaborados con mezclas de plásticos y metales u otros elementos que provengan de fuentes de reciclaje nacionales». Aunque la Ley 2232 de 2022 no define las expresiones «madera plástica», sí define «Reciclaje» como: «Aquellos procesos mediante los cuales se transforman los materiales o residuos plásticos o en cualquier caso aprovechables, para devolverles su potencial de reincorporación como materia prima para la fabricación de nuevos productos» –art. 2–.

Con esa definición es claro que lo fundamental consiste en que los bienes estén conformados por materiales sometidos a un proceso de reincorporación, luego de un uso inicial u original. El primer grupo relacionado en la disposición es la madera plástica, pero en el segundo se amplían los bienes que pueden configurar la obligación de otorgar el puntaje adicional a todos los producidos con plásticos o metales reutilizados. La indeterminación técnica de estos elementos de la disposición es tan evidente que el legislador incluyó un párrafo en el que ordenó

⁷ En la web existen distintas páginas que definen el polialuminio como un material producido con envases de Tetrapak, que pretende sustituir los aglomerados de madera.

al Gobierno reglamentar las condiciones técnicas del incentivo en el año siguiente a la entrada en vigencia de la ley⁸. La existencia de dicho párrafo no significa una prohibición reglamentaria en la materia, porque es sencillo interpretar que con fundamento en el art. 189, num. 11, de la Constitución el Presidente podía reglamentarlo, sino que implica una orden temporal para que se reglamente al menos técnicamente el incentivo, y su materialización sea mucho más clara para todos los destinatarios.

Lo anterior no es una medida de menor magnitud, porque la estructura del párrafo permite que eventualmente pueda interponerse una acción de cumplimiento para que el Gobierno cumpla con la obligación legislativa. Recuérdese que, en virtud del artículo 87 constitucional, cualquier persona puede solicitar a una autoridad judicial el cumplimiento de una ley. El aspecto positivo en esta ocasión consiste en que la obligación de reglamentar la ley en aspectos técnicos no impide la procedibilidad de la acción de cumplimiento, en los términos del párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997, conforme al cual: «La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos»⁹. Aunque existan recursos que deben destinarse a la reglamentación de una ley –empezando por el humano–, estrictamente esto no implica un *gasto*, lo que permite que eventualmente una acción de cumplimiento proceda para que el Gobierno reglamente el incentivo, si no lo hace de oficio en el año siguiente a la entrada en vigencia de la ley. Este planteamiento también aplica a los párrafos 2 y 3 del artículo 19, que respectivamente imponen que el Gobierno reglamente incentivos adicionales para la industria de la madera plástica y para fomentar el uso de productos realizados con plástico reciclado¹⁰.

⁸ El par. 1 del art. 19 de la Ley 2232 de 2022 dispone: «Párrafo 1°. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las demás entidades que considere relevantes, reglamentará, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones técnicas necesarias para materializar el incentivo señalado en el presente artículo».

⁹ La Corte Constitucional aprobó esta restricción de la acción de cumplimiento mediante la Sentencia C-157 de 1998 (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara).

¹⁰ Los párrafos 2 y 3 del artículo 19 preceptúan: «Párrafo 2°. Dentro del mismo término señalado en el párrafo 10, el Gobierno Nacional deberá estudiar e implementar incentivos adicionales para la industria de la madera plástica cuyo [sic] insumo sea el reciclaje nacional y de otros productos elaborados a partir de mezclas de plásticos, metales u otros elementos que provengan de reciclaje nacional. Dentro de los incentivos que deberán ser estudiados y eventualmente otorgados se encuentran:

- »1. Establecimiento de líneas de crédito de bajo interés;
- »2. Incentivo a las compras públicas;
- »3. Establecimiento de normas técnicas para el desarrollo de estos materiales y productos; y
- »4. Los demás que el Gobierno Nacional considere pertinentes.

Por otro lado, la disposición es clara al precisar que el incentivo se aplica a los proponentes que se «obliguen a adquirir» los bienes a los cuales se les debe otorgar el beneficio. Esta expresión resulta adecuada, en la medida que, conforme al artículo 846 del Código de Comercio, la oferta obliga, lo que quiere decir que surge el derecho para el destinatario de la oferta de exigir su cumplimiento¹¹. Por lo anterior existe la inhabilidad para el adjudicatario que se niegue a celebrar el contrato, en los términos del art. 8, num. 1, lit. e), de la Ley 80 de 1993. De esa manera, los interesados en beneficiarse del incentivo simplemente deben afirmar en su oferta que se obligan a adquirir bienes provenientes del reciclaje de plásticos o metales para que se les aplique.

¿Qué sucedería si un proponente que se obligó no adquiere bienes en proporción mayor provenientes de plásticos o metales reciclados? No sería procedente una nulidad en contra del acto de adjudicación o en contra del contrato, porque no se trata de un *vicio*. El proponente se beneficia del incentivo por el simple hecho de afirmar que adquirirá los bienes, de manera que la asignación del puntaje adicional procede con dicha situación. En ese sentido, no existe un vicio en la asignación de puntaje. En contraste, se trataría de un evento de incumplimiento, porque el contratista incumpliría la obligación que asumió con la manifestación de adquirir dichos bienes. Teniendo en cuenta lo anterior, habría que identificar la magnitud del incumplimiento: si se trata, por ejemplo, de un suministro o una compraventa del mobiliario de la entidad, el no entregar dichos bienes supondría no solo el incumplimiento de la obligación principal de dicho contrato, sino también de la obligación adicional de que ellos estén compuestos por metales o plásticos reciclados. En ese escenario una entidad sometida al EGCAP debe analizar la procedencia de la declaración del incumplimiento y de la imposición de la caducidad, en los términos del art. 18 de la Ley 80 de 1993.

Tratándose de otra clase de contratos, podría declararse el incumplimiento y afectarse la garantía única que ampare la calidad de los bienes: si el escenario se le presenta a una entidad exceptuada o a un particular que administre recursos

»Parágrafo 3°. Se establecerán, en el mismo sentido, incentivos para fomentar otros productos derivados del reciclaje de plásticos, tales como sus aplicaciones para la construcción de carreteras, para la construcción de vivienda, su uso como combustible o energético, las soluciones de reciclaje químico, el tratamiento de residuos plásticos como alternativa a la disposición final de residuos en relleno sanitario, entre otras tecnologías que permitan el cierre de ciclo de los plásticos».

¹¹ El art. 846 del Código de Comercio prescribe: «Artículo 846. Irrevocabilidad de la propuesta. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

»La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria».

públicos se debería realizar la reclamación de la póliza o el mecanismo con el cual se garantizó la calidad de los bienes. Previendo casos en los que no se exija amparar la calidad de los bienes, se recomienda a las entidades y particulares que establezcan en sus pliegos de condiciones o en los contratos una cláusula penal que establezca una sanción para el contratista, cuando incumpla la obligación de adquirir bienes provenientes de metales o plásticos reciclados.

Al respecto, se comparte la posición de Hernán Velásquez Gómez, que sostiene que la cláusula penal puede tener carácter de moratoria o compensatoria, y que incluso esta última puede tener un carácter exclusivamente de sanción, porque el legislador en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil permite que se acumule la pretensión de indemnización de perjuicios con el valor de la cláusula penal¹². Desde luego, en virtud de la razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar el establecimiento y la imposición de sanciones por parte de la Administración –e incluso entre particulares–, el monto de esta cláusula penal no podría ser demasiado, porque su exigencia constituiría un abuso del derecho. Esto no impide que las entidades y los particulares que administran recursos públicos establezcan este mecanismo en sus contratos, con el fin de garantizar la eficacia de la decisión del legislador.

El anterior planteamiento puede encontrar una réplica en el sentido de que el art. 1594 se refiere solo a la obligación principal y que, además en la redacción final parece referirse solo a la cláusula penal moratoria y no a la compensatoria, al disponer que «[...] a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal». Pese a esto, se considera que la expresión «el pago de la pena» no fue delimitado, de manera que bien pueden exigir las entidades o los particulares que se pague una cláusula penal en caso de incumplir con la obligación que configuró la aplicación del incentivo.

La evaluación del incentivo es de «[...] mínimo del cinco por ciento (5%) de los puntos asignables a la calificación de las propuestas, los cuales serán asignados proporcionalmente [...]» a los proponentes que cumplan con las condiciones. De

¹² VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudios sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 917, 928, 935; Los artículos 1592 y 1594 del Código Civil preceptúan: «Artículo 1592. Definición de cláusula penal. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una *pena* que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal» (énfasis añadido); «Artículo 1594. Tratamiento de la obligación principal y de la pena por mora. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal» (cursivas adicionales).

dicha transcripción se destaca la expresión «mínimo», en la medida en que permite que las entidades y los particulares establezcan un porcentaje mayor de los puntos asignables a la calificación de las propuestas. Sin embargo, resulta perplejo que el legislador haya establecido este mínimo sin un máximo, de manera que es sencillo establecer que no pueden asignar un puntaje inferior, pero que no existe límite expreso del puntaje mayor. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda que el porcentaje asignado no se aleje demasiado del mínimo, porque es claro que la obligación de adquirir bienes provenientes de metales y plásticos reciclados no es principal, de tal forma que asignar una alta calificación por este concepto no resultaría razonable.

Ahora, la redacción del artículo presenta una problemática en este punto, porque no es claro identificar si la asignación «proporcionalmente» de los puntos a los oferentes significa que todos deben recibir una cantidad de ese 5% o si deben recibir una proporción en relación con dicho porcentaje. Para entender el planteamiento, piénsese que en un procedimiento de selección en el que procede el incentivo se estableció que la calificación total de las propuestas sería de 100 puntos. Esto significa que, en el caso de que la entidad haya dispuesto el porcentaje mínimo, asignaría 5 puntos para cumplir con el incentivo. La duda acerca de la asignación proporcional consiste en que, si tres proponentes cumplen con la condición, se le debe asignar 5 puntos al primero, 4 al segundo y 3 al tercero o si, en contraste, el primero debe recibir 2,5 puntos, el segundo 2 y el último 0,5. Nótese que, tanto en la primera opción como en la segunda existe cierta proporcionalidad en la asignación del puntaje, en el entendido de que el primero, el segundo y el tercero recibirían puntos diferentes en razón de la mayor obligación.

Incluso, podría existir una tercera posibilidad, conforme a la cual se asignen puntos en proporción a cierta cantidad de bienes que los oferentes se obliguen a adquirir. Por ejemplo, que si superen los 1000 bienes, se asignen 5 puntos, que si superan 500 bienes se asignen 4, y así, sucesivamente. La indeterminación de la asignación proporcional del incentivo es grande, de manera que se recomienda a las entidades establecer fórmulas matemáticas que permitan cumplir con la obligación y no exista para los interesados dudas concernientes a esta calificación. Además, este podría ser un aspecto susceptible de precisar por parte del Presidente, no por el art. 19, par. 1°, de la Ley 2232 de 2022 sino por el art. 189, num. 11, de la Constitución, por lo que se recomienda que se precise este aspecto en un reglamento. Los pliegos de condiciones –o documentos equivalentes– y el reglamento que regulen esto deben tener en cuenta también los escenarios en que dos proponentes se obligan a adquirir la misma cantidad de bienes, tan si quiera para confirmar que «proporcionalmente» en ese evento significa que se asigne la misma cantidad de puntos, ya sean 5 o 2,5 a cada uno en el supuesto planteado.

Por último, el inciso segundo establece que las «entidades» deben establecer que el puntaje obtenido por la aplicación del incentivo debe tenerse en cuenta como factor de desempate. No es claro si la expresión *entidades* se limita solo a las públicas, o si dicha expresión incluye también a los particulares, porque dicha palabra puede utilizarse para referirse a cualquier persona jurídica¹³. No obstante, se reconoce que dicha expresión suele emplearse en el derecho para referirse a los entes públicos, de tal forma que se considera más adecuada la interpretación según la cual el incentivo como factor de desempate solo afecta a las personas jurídicas u órganos de derecho público, independiente de su régimen contractual. Se admite que este es un aspecto complejo, y que bien puede concluirse una interpretación contraria, por lo que resulta necesario esperar la posición mayoritaria de los operadores de este subsistema normativo, en especial del ente rector de la contratación pública, Colombia Compra Eficiente, y de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Doctrina

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. 2ª ed. Reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 505 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 1280 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudios sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010.

¹³ El diccionario panhispánico del español jurídico define «entidad» como «[...] sociedad pública o privada, una administración, etc.» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico. Entidad [En línea]. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/entidad>).