

Bogotá D.C., 21 de abril de 2022.

Señores

FINDETER – BANCA DE DESARROLLO TERRITORIAL.

E.S.D.

REFERENCIA: CONVOCATORIA No. PAF-FNGRD-I-083-2022 / OBJETO A CONTRATAR: “LA INTERVENTORÍA INTEGRAL (TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA) A LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES PARA LA REVISIÓN, COMPLEMENTACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y/O ELABORACIÓN DE ESTUDIOS, DISEÑOS Y EJECUCIÓN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN Y MITIGACIÓN DEL SISTEMA DE CAPTACIÓN Y ADUCCIÓN DEL ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE MOCOA - PUTUMAYO”.

ASUNTO: **OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (CONSORCIO INTERVENTORÍA 083 – MS INGENIEROS SL – SUCURSAL EN COLOMBIA).**

Cordial saludo,

En atención al proceso de selección de la referencia adelantado por la Entidad **FINDETER – BANCA DE DESARROLLO TERRITORIAL**, mediante el cual se profirió informe de evaluación económica y asignación de puntaje de fecha 20 de abril de 2022, en el que la entidad pública realizó observación a la propuesta presentada por el proponente **CONSORCIO INTERVENTORÍA 083**, indicando que uno de los miembros del consorcio denominado **MS INGENIEROS SL – SUCURSAL EN COLOMBIA** presenta reporte de multa interpuesta por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU mediante Acto Administrativo N° 6382 de 2021 confirmado mediante Resolución N° 6440 de 2021 y en razón a ello determina descontar diez (10) puntos sobre la calificación obtenida por citado consorcio; mediante la presente nos permitimos informar que el **CONSORCIO INTERVENTORÍA 083** no comparte la decisión previamente enunciada y adoptada por la entidad, y en sentido presenta observaciones al informe objeto de sub examen. Lo anterior con base en los siguientes fundamentos y soportes, así:

- El párrafo primero de la Ley 2195 de 2022, en su artículo 58¹, establece que no es aplicable la reducción de puntaje, en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

¹ 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

De acuerdo a lo esbozado, se informa a la entidad que los actos administrativos mediante el cual se impuso la multa de la que hace referencia la entidad es objeto de control jurisdiccional, toda vez que el miembro del consorcio presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación ante lo Contencioso Administrativo en contra de la entidad sancionadora, como requisito de pre-judicialidad, dentro del proceso de Controversias Contractuales, acción prevista en la Ley 1437 de 2011², el cual se encuentra en curso, conforme se adjunta al presente comunicado.

De igual forma nos permitimos adjuntar documento mediante el cual se impugna decisión emitida por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU.

- Es de anotar que la Ley 2195 fue expedida en el año 2022, y la misma norma establece su vigencia a partir de la publicación, de conformidad a lo establecido en su artículo 69, sin efectos retroactivos, que a su tenor reza: “Artículo 69. Vigencias y Derogatorias. La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”, por lo cual, bajo ese entendido y teniendo en cuenta que la multa se impuso en el mes de noviembre del año 2021, no es procedente la aplicación de la sanción establecida en el párrafo primero del art.58³ de Ley previamente referida.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente, sobre dicha materia, en concepto 035 del 2022, indicó:

“(…) Como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-536 del 24 de agosto de 2020, C-320 del 1 de julio de 2021 y C-437 del 24 de agosto de 2021, en el ordenamiento jurídico, por principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho. Esta presunción no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de estas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas

² Art. 141 del C.P.A.CA

³ 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 2o de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica⁴.

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política –aplicable también a las actuaciones administrativas, como dice su primer inciso–, el cual establece que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa». Esto significa que nadie puede ser sancionado –no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo– sino al amparo de una disposición que se haya expedido antes de la realización de la conducta activa u omisiva sobre la cual se imputa el reproche. Esto es lo que se conoce en el derecho como la irretroactividad de las leyes.

De dichos enunciados se pueden extraer las siguientes subreglas: i) en principio, las leyes promulgadas rigen hacia el futuro, es decir, no regulan situaciones del pasado; son, pues, irretroactivas. En consecuencia, nadie puede ser «juzgado» ni sancionado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa. ii) Por lo tanto, las leyes que regulan los contratos son las vigentes al momento de su celebración; es decir que, si cambian, el contrato se continúa rigiendo por las anteriores, a excepción de las leyes posteriores que regulen asuntos procesales o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales por hechos ocurridos en vigencia de la nueva ley, las cuales sí aplican a los contratos previamente celebrados. iii) No obstante, en materia sancionatoria rige el principio de favorabilidad, lo que significa que debe aplicarse la ley más beneficiosa a la persona. Esta subregla, a su vez, tiene dos hipótesis: 1) si la ley posterior es más favorable que la que estaba vigente cuando, supuestamente, se cometió la falta o delito, se debe aplicar la posterior al momento de sancionar; en otras palabras, se exige, en este caso, la aplicación retroactiva de la ley, y 2) si una persona se encuentra cumpliendo una sanción impuesta en vigencia de una ley y se expide posteriormente una que elimina el delito o falta, lo indulta o rebaja la sanción, también debe aplicarse retroactivamente la ley posterior⁵. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al indicar que en las actuaciones administrativas se debe aplicar el principio de favorabilidad. Esta fue la tesis que defendió en la Sentencia C-619 de 2001, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 67 de la Ley 610 de 2000⁶. De otro lado, en relación con las normas procesales,

⁴ En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

⁵ Tales subreglas son coherentes con la forma como la doctrina del Derecho administrativo comparado ha entendido de tiempo atrás la vigencia de las leyes. Al respecto, basta leer las palabras de Marienhoff, cuando se pregunta «¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo?», respondiendo a renglón seguido: «El principio general consiste en que las leyes rigen “ex nunc”, para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido. Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración. Con el mismo carácter “excepcional”, la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, “ex tunc”; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración expresa o bien de otra forma inequívoca: la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo» (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, Teoría General. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. pp. 228-229).

⁶ El apartado normativo establece: «En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigor la presente Ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley».

el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que las diligencias o etapas que se hubieren iniciado continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. A este fenómeno se le denomina aplicación ultractiva de la norma⁷.

A la luz de los comentarios anteriores, se observa que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no establece un condicionamiento temporal para su entrada en vigencia, y que el artículo 69 del mismo cuerpo normativo dice que «La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias». Por tanto, no queda duda de que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 se encuentra vigente. Sin embargo, es necesario precisar el alcance de esta afirmación. Al sostener que dicha norma está vigente la Agencia quiere significar que las multas y cláusulas penales impuestas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a partir del 18 de enero de 2022 –fecha en la cual se promulgó la mencionada Ley– causarán el efecto jurídico al que se refiere el artículo 58, es decir, darán lugar, dentro del año posterior a su declaratoria, a la reducción del puntaje en el correspondiente procedimiento de selección, con las excepciones indicadas en la norma bajo análisis.

De esta manera, razones asociadas al principio de seguridad jurídica y al derecho fundamental al debido proceso impiden aplicar retroactivamente el artículo 58, en el sentido de afirmar que si a un proponente se le impuso una o más multas o cláusulas penales antes del 18 de enero de 2022 –es decir, antes de que comenzara a regir la Ley 2195 de 2022– se verá afectado por la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58. Sostener esto sería contradecir el principio de tipicidad, que es un postulado del debido proceso, porque si este efecto no se preveía como consecuencia para la multa o la cláusula penal en el momento en que le fue impuesta a alguien, no puede aplicarse hacia el pasado. Caso distinto es aquel en el que a un contratista se le aplica una multa, verbigracia, el 25 de enero de 2022 y se presenta a una licitación pública el 18 de febrero siguiente. En este supuesto la entidad estatal deberá reducirle el 2% del puntaje, porque para la fecha de imposición de la multa estaba vigente la norma que consagraba dicho efecto gravoso. Ahora bien, la interpretación doctrinaria que efectúa la

⁷ La Corte Constitucional explica el fenómeno de la ultractividad de la ley en los siguientes términos: «La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

»Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultractividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad» (Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Agencia se realiza en el contexto de novedad del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 y, en consecuencia, no se opone a la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, le otorgue a aquella un alcance diferente (...)".

- Ahora bien, se deja claro que la reducción efectuada por la entidad dentro del informe de evaluación económica y asignación de puntaje al **CONSORCIO INTERVENTORÍA 083** no se encuentra ajustada a derecho, por cuanto si bien el pliego de condiciones en su inciso 2 del numeral 11 estableció que para este caso específico se descontaría 10 puntos al proponente que se le hubiese impuesto clausula penal, multa u otra sanción contractual dentro de los 3 años anteriores al cierre de la convocatoria, dicha estipulación contravía la norma previamente referida, toda vez que esta indica que solo se descontará el 2 % por cada sanción, desmejorando las condiciones del consorcio que represento.

En atención a lo esbozado, este proponente se permite solicitar a la Entidad Contratante **FINDETER**, dejar sin efectos la observación realizada mediante el informe de evaluación económica y asignación de puntaje, en lo que corresponde para el **CONSORCIO INTERVENTORÍA 083**, en especial al integrante **MS INGENIEROS SL – SUCURSAL EN COLOMBIA**, y en este sentido, abstenerse de descontar los diez (10) puntos a que hace relación, asignado el porcentaje que le corresponde, en atención a lo establecido en la Ley 2195 de 2022, y así mismo, recalificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes del consorcio.

Lo anterior para su conocimiento, trámite y fines que estime pertinentes.

Atentamente,

WILMAR ALFONSO CIFUENTES CHACON
CONSORCIO INTERVENTORIA 083