

Bogotá D.C. 06 de marzo de 2020.

Señor.

Gabriel Machado Daza

Veedor Ciudadano

Correo Electrónico: gmachadod@gmail.com

ASUNTO: Respuesta a derecho de petición radicado en medio físico y electrónico, el día dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020), en el marco de la Convocatoria Pública No. FCO-I-005-2020, cuyo objeto es: “CONTRATAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, SOCIAL Y DE EQUIDAD DE GÉNERO, AMBIENTAL Y JURÍDICA PARA EL CONTRATO QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN QUE SE ADELANTA EN FINDETER, CUYO OBJETO ES: “CONTRATAR LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL DE FACTIBILIDAD PARA LA ESTRUCTURACIÓN TÉCNICA, LEGAL, FINANCIERA Y DE EQUIDAD DE GÉNERO E INCLUSIÓN SOCIAL DE UN TREN DE CARGA Y PASAJEROS ENTRE BOGOTÁ Y ZIPAQUIRÁ”.

Cordial saludo.

Por medio del presente, la Entidad se permite dar respuesta a petición del asunto por medio del cual, el ciudadano informa que conoce de la existencia de un presunto conflicto de interés dentro de la presente convocatoria, por parte de la persona jurídica PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S., integrante del proponente denominado “**UNIÓN TEMPORAL FERREA CEP**”, en referencia, a que esta persona jurídica, igualmente es integrante junto con EUROESTUDIOS INGENIEROS DE CONSULTAS S.A.S., y DURAN Y OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS en la “**UNIÓN ESTRUCTURACIÓN TRAMO 3 FDA**”, la cual es adjudicataria de la invitación abierta PFA-IA-03-2019, cuyo objeto es: “**ESTUDIOS TÉCNICOS (FACTIBILIDAD AVANZADA), LEGALES Y FINANCIEROS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA INTEGRACIÓN DE LOS SISTEMAS DE MOVILIDAD FÉRREA EN LA REGIÓN DEL EJE CAFETERO Y ANTIOQUÍA TRAMO SANTO DOMINGO – PUERTO BERRIO**”, adelantada por la PROMOTORA FERROCARRIL DE ANTIOQUIA S.A.S.

Resulta preciso señalar que, frente a la institución jurídica de conflicto de interés, el Consejo de estado¹ ha manifestado lo siguiente:

“(…) El conflicto de intereses: Esta figura no está definida de manera general en la ley; se prevé en disposiciones de carácter especial, como el régimen de los congresistas o de los concejales o el régimen disciplinario de los servidores públicos; o se enuncia, junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos, en el régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas. (subrayado y negrilla fuera del texto), así, por ejemplo:

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045).

La ley 734 del 2002, o Código Único Disciplinario, consagró en el Libro III, Título I, Arts. 52 a 57, un régimen disciplinario especial para los particulares que ejerzan funciones públicas, entre los cuales incluyó a los interventores. Esta ley 734, en su artículo 54, agrupó bajo el título “inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses”, unas causales que corresponden a decisiones judiciales o disciplinarias, y remite a las causales establecidas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, y 37 y 38 de la misma ley 734, y a las demás previstas en la Constitución y las normas legales, según la función pública de que se trate.

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006 respecto de la ley 80 de 1993; concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que “su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.”

La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

“La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor comporta una evaluación estrictamente objetiva (...)

“El postulado ético ínsito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación.”

Para efectos del concepto que ahora se rinde, la Sala resalta dos elementos contenidos en el texto transcrito, a saber: la “tipicidad” y la “objetividad”, que deben predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, para preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista, como se explica a continuación. La “identificación de actividades incompatibles” con las obligaciones del contratista, significa jurídicamente, “tipificarlas”, esto es, definir las de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia que, en el caso en estudio, tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria.

La “evaluación estrictamente objetiva” que debe garantizarse con las causales que se definan en un proceso contractual dado, exige, por supuesto, la “objetividad” en la determinación de las causales que se adopten.

En términos gramaticales, el vocablo “objetivo” tiene, entre sus acepciones, las de “perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir” y “que existe realmente, fuera

del sujeto que lo conoce”. En tanto que la palabra “subjetivo” se define como “perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo” y “perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo.”

Siguiendo el significado gramatical de los citados términos y la exigencia legal de la objetividad en la selección de contratistas, las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate. A lo cual ha de agregarse que esas cualidades de la regla permitirán que, desde el inicio del proceso contractual, los interesados estén en condiciones de decidir libremente su participación.

Aplicando los anteriores criterios a la regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen. (Subrayado y negrilla fuera del texto) (...)

Por otro lado, el Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de la *Guía para la identificación y declaración del conflicto de intereses en el sector público colombiano*², definió lo siguiente:

(...) CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERESES: *Un conflicto de interés surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales.*

El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “conflicto de intereses” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.

(...)

También se da a conocer lo siguiente:

(...) CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO DE INTERESES:

- *Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.*

² https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1525712072_3a81e8f4a6052bcbff4f90ca61f6de90.pdf

- *Mediante el régimen de conflictos de intereses se busca preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública, evitando que su interés particular afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado.*
- **Debe estar previsto dentro de un marco normativo.** (Subrayado y negrilla fuera del texto)
- *Los Conflictos de Intereses son inevitables y no se pueden prohibir, ya que todo servidor público tiene familiares y amigos que eventualmente podrían tener relación con las decisiones o acciones de su trabajo.*
- *Genera ocurrencia de actuaciones fraudulentas o corruptas.*
- *Afecta el normal funcionamiento de la administración pública.*
- *Genera desconfianza en el quehacer público.*
- *Un conflicto de interés puede ser detectado, informado y desarticulado voluntariamente, antes que, con ocasión de su existencia, se provoquen irregularidades o corrupción.*
- *Puede involucrar a cualquier servidor público o quien a particular que desempeñe funciones públicas, no obstante, generalmente las mayores implicancias ocurren con los cargos de más alto nivel que tiene toma de decisiones, ejercer jurisdicción o manejo. (...)*

Partiendo del desarrollo jurisprudencial e institucional mencionado anteriormente, la Entidad apunta que el proceso de selección está sometido a la legislación y jurisdicción Colombiana y se rige por el régimen de la contratación privado contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia. Por lo tanto, los términos de referencia y en general los documentos que se profieran en el proceso, se sujetarán a las precitadas normas. En este sentido, la contratación de que trata el proceso, no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decretos Reglamentarios, salvo aplicación de Principios.

Además, la contratante tiene como naturaleza Jurídica, *Sociedad de Economía Mixta*, conforme al artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala:

Artículo 97: Sociedades de economía mixta. *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.*

Es por esto que la Contratante bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, en ejercicio de su facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar, fija para cada convocatoria las reglas y define los parámetros de selección, guardando observancia y orientada por los principios de la administración pública (*Artículo 209 Superior*), esto es, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y de la Gestión Fiscal (*Artículo 267 Superior*).

De acuerdo con lo anterior, se establecen las condiciones, parámetros y disciplina del proceso de modo que se garantice por un lado la selección objetiva, pluralidad de oferentes, debido proceso y la escogencia de la oferta más favorable, entre otros. Así las cosas, en los Términos de Referencia que rigen la convocatoria objeto de la petición, se establecieron las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los servicios que se pretenden contratar, y que satisfagan de manera adecuada la necesidad.

Fue así como en los Términos de Referencia que rige la presente convocatoria, se instituyeron requisitos jurídicos, técnicos y financieros adecuados y proporcionales, y frente al caso que nos ocupa, se encuentra

denominada la declaración juramentada que debían allegar los proponentes en su oferta, *de no encontrarse incurso(s), en las causales de conflicto de interés para presentar propuesta o celebrar contrato establecidas en los términos de referencia, causales de conflicto de interés pertinentes, en razón a circunstancias que tienen relación estrecha con la dirección del proceso, a efectos de mitigar el riesgo de afectación de la moralidad administrativa frente a la posibilidad de que se llegue a presentar una mutua vigilancia por parte de los contratistas dentro del proyecto a ejecutar con la presente contratación.*

Hay que mencionar, que FINDETER para sus precisos efectos le traslado al proponente individual y al integrante de un consorcio o unión temporal, el deber de haber guardado observancia de las situaciones generadoras de conflictos de interés prescritos en la normatividad establecida en los términos del referencia. Es decir, tenemos una tipicidad establecida en los documentos del proceso frente a eventos causantes de conflictos de interés.

Ahora bien, frente a lo señalado por el peticionario en determinar que el proponente está incurso en causal de conflicto de interés previsto en la Ley 734 de 2002 y precisado en el numeral 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, no resulta procedente, teniendo en cuenta las argumentaciones que ha señalado en jurisprudencia el Consejo de Estado³, donde se expresó que el efecto sancionatorio o restrictivo del conflicto de intereses, debe darse cuando se represente una acción u omisión concreta, ***al identificar el hecho que se encuentra tipificado como conducta o circunstancia de este y no de supuestos que carecen de certeza en sí mismas***, esto es, que no da cabida a consideraciones y circunstancias subjetivas, que por consiguiente, darán lugar a apreciaciones de igual naturaleza por no ser concretas, y conduce a admitir distintas interpretaciones, tanto en la calificación del efecto previsto como en la apreciación de los hechos o conductas en los que podría encontrarse configurado el conflicto.

*“(…) Dicho de otra manera, **la falta de tipicidad y de objetividad en los elementos constitutivos de la definición adoptada, tiene como consecuencia ineludible, la subjetividad en la presentación y en la evaluación de una pretendida situación generadora de conflicto de intereses.** (Subrayado y negrilla fuera de texto) (...)”*

Para el caso que nos ocupa, si bien los proponentes singulares, así como cada uno de los integrantes de un plural, deben haber tenido presente los conflictos de interés prescritos en las normatividad establecida en los términos de referencia del proceso, el asociado DURAN Y OSORIO ABOGADOS ASOCADOS no tiene interés y participación en las actuaciones a desarrollarse en la presente actuación contractual.

Igualmente, en este momento toca destacar que como resultado de la unión de dos o más personas naturales o jurídicas que conjuntamente presentan una propuesta o desarrollan una actividad o negocio, a través de las figuras asociativas de consorcio o unión temporal, dicha colaboración no constituye una entidad jurídica, sino que en ambos casos, los miembros del consorcio o de la unión temporal mantienen su independencia, su autonomía en todos los sentidos, sin poder identificarse como socios con el tratamiento comercial y legal que eso conlleva.

Lo dicho hasta aquí supone, que la circunstancia de conflicto de intereses puesta en conocimiento no se adecua a la previsión objetiva tipificada en los términos de referencia y/o en las normas a que el mismo

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)



remite, para derivar de ellas una consecuencia, lo anterior, motivado en que el conflicto de intereses tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria, que no admite interpretación extensiva y analogía.

De modo que, en cuanto a esta convocatoria, no se vislumbra un conflicto de interés que genere contrariedad en el proceso.

En consecuencia, no se acoge la solicitud presentada por el ciudadano y se determina continuar con la participación del proponente No. 6. UNION TEMPORAL FERREA CEP dentro de la Convocatoria Pública No. FCO-I-005-2020.

Sin perjuicio de la posición antes adoptada, la Entidad no desconoce el postulado ético, los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativa, y la prevalencia del interés general, de ello que en aras de generar vigilancia del contrato resultante del proceso, se determina la designación de un supervisor, quien estará ejerciendo oportunamente su labor, vigilando y evidenciando cómo se efectúan las actuaciones que realice el Interventor sobre el Consultor en la ejecución del proyecto, el cual, al tener conocimiento de un nexo causal de los contratistas en una eventualidad anómala, procederá de forma pertinente ante quien corresponda informando el incidente, sobre el cual se tomarán en su momento las decisiones que correspondan. Inclusive, pudiendo llegar a determinarse la cesión de participación del integrante de la Unión Temporal.

Para constancia se expide en Bogotá D.C. a los 06 días del mes de marzo de 2020.

FINANCIERA DEL DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER.