

Bogotá, 13 de agosto de 2014

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Ciudad

REF: Observación al informe de verificación de propuestas

De acuerdo a su comunicado del Informe de Verificación de Propuestas del Concurso de Méritos No. VJ-VGC-CM-07-2014, en donde la ANI manifiesta” **En este orden de ideas, la Agencia Nacional de Infraestructura, en protección de los principios y preceptos orientadores de la actividad contractual, respecto del proponente CONSORCIO SCA-EPC da aplicación a la CAUSAL DE RECHAZO prevista en el numeral 3.12, literal (i) del Pliego de Condiciones, conforme a la cual serán rechazadas las propuestas: “Cuando el proponente o cualquiera de sus miembros se encuentre(n) incurso(s) en un conflicto de interés”,** hemos considerado que nos encontramos habilitados para participar en el Concurso de Méritos No. VJ-VGC-CM-07-2014, pues de una lectura de lo dispuesto por la jurisprudencia en materia de conflicto de intereses, no se configurarían la totalidad de sus elementos, para que la propuesta sea rechazada.

El pliego ha indicado de manera amplia que no podrán participar aquellos que se encuentren en situaciones de conflicto de interés con la Agencia Nacional de Infraestructura, bajo el entendido que allí confluye *“toda situación que impida al Proponente tomar una decisión imparcial en relación con la ejecución del contrato de interventoría; por tanto no podrán participar en este proceso de selección quienes directa o indirectamente se encuentren en cualquier situación que implique la existencia de un conflicto de intereses que afecte los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, o los principios de la función administrativa. Tampoco podrán participar en el presente proceso quienes directamente o cuyos integrantes, sus socios, o sus beneficiarios reales se encuentren en una situación de conflicto de interés con la Agencia o con el concesionario al cual se haría la interventoría, o con cualquiera de los miembros, socios o beneficiarios reales del concesionario al cual se haría interventoría en caso de resultar adjudicatario del presente proceso de selección.”*

En primer lugar, debemos manifestar que, la definición de conflicto de intereses no existe a nivel constitucional ni legal, sino que ésta ha sido elaborada mediante pronunciamientos jurisprudenciales, con el fin de diferenciarla, ante su falta de definición, de otras figuras, tales como, las inhabilidades o incompatibilidades.

El Consejo de Estado¹ ha identificado los elementos necesarios para que se configure el conflicto de intereses, así:

“Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de abril del 2004, Rad. No. 1572.

privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1. **Interés privado concurrente.** De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) Existencia: se configura el interés privado cuando hay “exigencia para la satisfacción de necesidades humanas” —Messineo, T. II, pág. 10—, lo cual acontece cuando surgen v.gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) Juridicidad: se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) **Es actual**, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de este requisito **quede excluido el interés futuro**. 2) **Es jurídico**, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v.gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés y, 3) **Es afectable**, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v.gr. la vida).

c) Privado: se da cuando el interés es de naturaleza **particular de manera inequívoca** y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general —regulación abstracta en general—. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ejemplo, a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) Titularidad: el interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero(a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2. **El interés público concurrente en la decisión pertinente.** Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a) Calidad de congresista.

b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.

c) Proyecto de decisión de interés público.

d) *Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.*

3.3. **Conflicto de interés.** *De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurra alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos.* (Negrillas del texto original, las subrayas son nuestras)

De acuerdo con lo anterior, se deriva que para que se dé el conflicto de intereses deben confluír la totalidad de los elementos anteriormente descritos y no debe desde ningún punto de vista, valorarse como un posible hecho futuro, es decir, excluye, todos aquellos eventos futuros e hipotéticos que entran dentro de la valoración subjetiva de una persona y que por ende no tienen la entidad jurídica suficiente para configurar el ya tantas veces mencionado conflicto de intereses.

Así mismo, es de destacar que el conflicto de intereses no aparece simplemente cuando haya oposición entre lo público y lo privado, sino que es necesario, que tal oposición tenga la fuerza suficiente para afectar el buen juicio de quien debe tomar una decisión y que se vea representado en ventajas tangibles para sí mismo o para un tercero.

Igualmente, y no menos importante, el Consejo de Estado exige, para la configuración del conflicto de intereses, que sobre la persona en que recae el antagonismo entre lo público y lo privado, tenga el poder de decisión sobre el asunto materia del conflicto, de tal manera que con su sola voluntad se puedan afectar los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad.

Así las cosas, es dable señalar que en este caso, no se configuran los elementos para catalogar este conflicto de interés teniendo en cuenta que (i) El proponente es el Consorcio y es quien adoptará las decisiones frente al Concesionario, no uno de sus integrantes (ii) Se está excluyendo al proponente plural desconociendo que Odinsa S.A. es una sociedad anónima abierta y que en materia de contratación, la ley establece una inhabilidad para contratar con el Estado exclusivamente para las sociedades anónima cerradas (artículo 8 literal d) de la ley 80 de 1993) -no para las abiertas- en las que *“el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo”* (iii) El conflicto de interés no puede ser eventual ni hipotético. (iv) En este proceso no se ha creado pues no ha habido situación alguna que le permita al Consorcio Proponente sacar ventaja de su posición o sacar provecho, para afectar los principios de transparencia, imparcialidad o igualdad, ya que si, por ejemplo, el consorcio proponente, resultara adjudicatario y omitiera su deber legal y contractual de informar a la entidad estatal contratante la ocurrencia de un incumplimiento del concesionario, existirían graves, profundas y negativas consecuencias para dicho consorcio establecidas en los parágrafos 1, 2 y 3 el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, consistentes en (i) juicio de responsabilidad disciplinaria por incurrir en falta gravísima, (ii) inhabilidad para contratar con las entidades estatales por cinco años y (iii) solidaridad entre este y el

contratista en los perjuicios económicos irrogados a la entidad, por no aludir a los fijados en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993. Los mencionados parágrafos dicen así:

“PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así: No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

*PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal: k) **El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.***

*PARÁGRAFO 3o. **El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 dice:

“Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

*Por su parte, **los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los***

cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.” (Negrilla fuera de texto)

Queda entonces demostrado que no existe ventaja o provecho alguno que pudiera eventualmente obtener el Consorcio derivado del potencial conflicto de intereses del cual habla la ANI y por el contrario lo que habría sería unas graves sanciones para el Consorcio de no actuar conforme a sus obligaciones.

Tampoco se cumple el requisito según el cual en quien concurriría el conflicto de intereses tiene la potestad o poder de decisión, esto por cuanto (i) quien contrata con la ANI es el Consorcio y no sus integrantes y (ii) derivado de esta misma situación, las determinaciones, en relación con la ejecución del contrato, son adoptadas de consuno entre el Consorcio Proponente y la ANI.

Estos argumentos, permiten de tajo la descartar la presencia de un conflicto de intereses, ya que no se cumplen ninguno de los requisitos que la jurisprudencia exige para que se aplique la figura del conflicto de intereses en el caso del Concurso de Méritos que aquí nos ocupa. La ANI en el pliego de condiciones expone de manera amplia lo que debe entenderse por conflicto de intereses dejando al arbitrio del grupo evaluador considerar si el proponente está frente a la existencia o no de un conflicto de intereses.

En primer lugar, por ser una prohibición a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia, deben configurarse los elementos de tipicidad, objetividad y su interpretación debe ser restrictiva, con lo cual queda descartada la posibilidad de extender sus efectos por la vía de la analogía. En relación con el primero de los aspectos enunciados, estos son la necesidad de que en el pliego de condiciones se establezcan las causales que derivarían en un conflicto de intereses, el Consejo de Estado² ha expresado cuanto sigue:

“... 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, **definirlas de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia que, en el caso en estudio, tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria.***³

*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,

² Radicado 2045 de 2011. M.P. Enrique José Arboleda.

³ Cfr. DRAE: Tipificar: “3. tr. Der. En la legislación penal o sancionatoria, definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción.”

considerado en oposición al mundo externo” y “perteneiente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo.”⁴

*Seguendo 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.***
(Negrilla y subraya fuera de texto)

Este texto jurisprudencial es claro, exigiéndole a las Entidades Estatales, en aras de preservar los principios de la objetividad y moralidad, que en el pliego de condiciones se indiquen de manera clara, expresa y con una redacción que no de lugar a interpretaciones, en las que se describa con precisión en qué situaciones una persona podría incurrir en dicho conflicto.

En este caso, la ausencia de especificidad en las situaciones que podrían catalogarse como conflicto de intereses va en contravía de lo dispuesto por la jurisprudencia, la cual ha exigido que éstos sean tipificados en los pliegos para garantizar en todo momento, la objetividad:

*“... 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.***

*En estas condiciones, **la definición en estudio no garantiza la selección objetiva del contratista y entonces en ella no puede fundamentarse la exclusión de los participantes en el concurso de méritos.***

(...)

⁴ Cfr. DRAE.

Claro es entonces para la Sala que la definición del conflicto de intereses adoptada en el pliego de condiciones que regula el concurso de méritos SEA-CM-002 DE 2010, introduce un alto grado de subjetividad no sólo en la evaluación de las acciones, omisiones o hechos que se planteen como causales de conflicto de intereses, sino inclusive en la presentación y sustentación que haga quien considere que unas determinadas circunstancias corresponden a "aquella situación que impida o pudiere impedir al Proponente Precalificado o a cualquiera de sus miembros tomar una decisión imparcial en relación con la ejecución del Contrato de Interventoría".

En estas condiciones, la definición en cuestión es inaplicable porque, de hacerlo, se afectaría, sin la menor duda, la objetividad en la valoración de los proponentes, con lo cual su permanencia o exclusión del proceso contractual quedaría dependiendo de las apreciaciones de quienes presentan los hechos y de quienes los valoran. (Negrilla y subraya fuera de texto)

En conclusión, en este caso, no se podría derivar de la mención que el pliego de condiciones hace del conflicto de intereses la exclusión de la propuesta del Consorcio ya que como está redactada, primero, no tipifica ninguna circunstancia particular y concreta donde se materialice y, segundo, su amplitud y ambigüedad se presta para la interpretación subjetiva de la misma, lo cual, reitero, es censurado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

CONSORCIO SCA-EPC

Oswaldo Ladino Ch.