

Bogotá D.C., 6 de marzo de 2020

Señores

FINANCIERA DEL DESARROLLO TERRITORIAL S.A - FINDETER

Cl. 103 #19 - 20

La ciudad

Referencia: CONVOCATORIA PÚBLICA No. FCO-I-005-2020. Objeto. *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".*

Asunto: Respuesta a la observación de Gabriel Machado Daza – Veedor ciudadano.

Estimados señores,

En atención al **DOCUMENTO - TRASLADO PARA EL PROPONENTE No. 6. UNION TEMPORAL FERREA CEP – FRENTE A OBSERVACIÓN DE VEEDOR CIUDADANO RESPECTO A PRESUNTO CONFLICTO DE INTERÉS**, publicado el 5 de marzo de 2020, mediante el cual **FINANCIERA DEL DESARROLLO TERRITORIAL S.A – FINDETER** (en adelante "FINDETER") otorgó a la **UNION TEMPORAL FERREA CEP (Proponente 6)** (en adelante "UT FERREA CEP"), para efectos de pronunciarse sobre la observación presentada por un veedor ciudadano **GABRIEL MACHADO DAZA**.

En este sentido, en mi condición de representante de la UT FERREA CEP presento observación categórica de oposición frente a cada una de los planteamientos del veedor, así:

I. TÉRMINO PARA MANIFESTARSE SOBRE LA OBSERVACIÓN

En el documento de traslado para el Proponente No 6. UNION TEMPORAL FERREA CEP – frente a observación de veedor ciudadano respecto a presunto conflicto de interés, **FINDETER** se pronunció así:

"FINDETER se permite poner en conocimiento escrito por medio del cual un veedor ciudadano informa que conoce sobre 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".

La observación enunciada en párrafo anterior, se encuentra incorporada en la parte inferior del presente documento.

EI PROPONENTE No. 6. UNION TEMPORAL FERREA CEP deberá manifestarse respecto a la observación aquí trasladada, al correo electrónico tercerosfindeter@findeter.gov.co o mediante documento en físico en la Calle 103 # 19 – 20 Bogotá, D.C., A MAS TARDAR AL 06 DE MARZO DE 2020 HASTA LAS 12:00 MEDIO DÍA (Énfasis fuera de texto).

Con lo anterior, el término con el que cuenta la UT FERREA CEP para pronunciarse a la observación de FINDETER hoy, 6 de marzo de 2020. Así presentamos estas observaciones dentro del término y oportunidad previsto por la Entidad en el proceso de selección.

II. ANÁLISIS JURÍDICO: CONFLICTO DE INTERÉS

En esta sección se plantea el marco legal, jurisprudencial y contractual del conflicto de interés, con la finalidad de delimitar el alcance de las situaciones constitutivas de conflicto de interés. Se precisa desde ya, que estas situaciones no pueden ser meramente hipotéticas, sino que, la misma ley, los términos de referencia y el Consejo de Estado han precisado que se debe tratar de situaciones claras, específicas, frente a asuntos ciertos y concretos. Así, no son conflicto de interés las hipótesis ambiguas sobre casos generales y no referentes a un mismo caso concreto y específico. Así lo precisa este marco jurídico:

2.1. Marco legal y jurisprudencial

Con la finalidad de garantizar el interés general, en todas las actuaciones de los servidores públicos, el legislador ha determinado causales de conflicto de interés, y así mismo, las Entidades Contratantes en la elaboración de sus Pliegos de Condiciones han incorporado situaciones generadoras de conflicto de intereses, tendientes todas a salvaguardar la transparencia y particularmente, la **selección objetiva**¹ en los procesos de contratación pública.

El fundamento constitucional está contenido en el artículo 209 superior, que dispone:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

Determinada la finalidad del conflicto de intereses, así como su fundamento constitucional, a continuación se presentan las causas legales para su ocurrencia.

- El Código Disciplinario Único recopila las normas que deben seguir los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y establece la cláusula general de conflicto de intereses, así:

“ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido” (Énfasis añadido).

¹ Las Altas Cortes, se ha pronunciado así:

*“En este sentido, en la contratación estatal se ha erigido **el principio de la selección objetiva como pilar fundamental en los procesos de selección**, y precisamente dicho principio, hace alusión a que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella persigue, como resultado de ponderar los factores o criterios de calificación que se establezcan en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. (...)” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejera ponente: Olga Mérida Valle De De La Hoz. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02480-01-(28040)*

*“La jurisprudencia constitucional ha resaltado que **la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal**. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa.[58]” Corte Constitucional. Sentencia C-300/12 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

- El Consejo de Estado ha interpretado la norma en cita precisando que el conflicto de interés se configura cuando existe un carácter “irreconciliable” del interés particular con el interés general así:

“(ii) El Supuesto objetivo del conflicto, está constituido por el carácter irreconciliable del interés particular con el interés general, que afecta los principios de imparcialidad, transparencia y de igualdad de trato de la administración frente a los administrados, y tienen lugar cuando aparecen situaciones particulares que impiden al servidor actuar conforme al interés público, como lo demanda el ordenamiento, o en palabras de esta Corporación ”..el conflicto de intereses ocurre cuando el congresista sea alcanzado por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial... ” (5)

Nótese que el artículo 40 analizado, resulta reiterativo frente a la causación objetiva del conflicto, en la medida en que tanto en su inciso 1° al determinar sus elementos esenciales, como en el 2° al hacer ver la oposición entre el interés particular y el general propio de la función pública, establece la prevalencia de éste sobre el primero y, sobre dicho supuesto concibe la consecuencia jurídica, esto es, el deber de declararse impedido.

(iii) Debe existir un interés particular y directo del servidor público, o también indirecto cuando lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho, de modo que el conflicto se estructura no sólo por configurarse alguno de los supuestos de hecho respecto del servidor, sino también respecto de sus allegados”² (Énfasis añadido).

- Respecto del interés, el Consejo de Estado ha precisado que debe tener las siguientes características, entre las que destacamos que, el conflicto de interés se origina en “asuntos específicos”, es decir que, no puede predicarse de situaciones meramente hipotéticas y abstractas, en donde “no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto”:

“Sobre el carácter directo o indirecto del conflicto, la Sección Tercera de esta Corporación ha expresado:

“ **El conflicto de interés es la situación de prohibición para el servidor público de adelantar una actuación frente a la cual detenta un interés particular en su regulación, gestión, control y decisión, el cual puede ser directo en caso de ser personal, o indirecto cuando el interés deviene de su cónyuge, o parientes dentro del tercer grado de consanguinidad etc.” (6)**

(iv) Debe tratarse de un asunto específico, esto es, que el conflicto ocurra frente a una situación o actuación particular y concreta, pues no es dable predicarla de situaciones hipotéticas generales y abstractas, en donde no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto.

(v) En cuanto a la **actuación** respecto de la cual se concreta el conflicto, ella ha de producirse en el ejercicio de las funciones que tengan relación con la **regulación, gestión, control** o decisión en un asunto específico, de manera que el interés del servidor o sus allegados ha de producirse en relación con cualquiera de las funciones referidas.

(vi) El conflicto debe ser **actual y cierto**, pues la sola eventualidad de su ocurrencia futura o el hecho de que su configuración dependa de otras situaciones, hechos o actos, impide su estructuración (7).

Así, el interés debe ser real y cierto para que se configure el conflicto, pues un interés futuro o eventual no tiene la característica de existencia requerida por la ley 734 de 2002. Del mismo modo, desde la perspectiva subjetiva del servidor público o la esfera de su convicción íntima,

² Consejo de estado, sala de consulta y servicio civil, Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos, Bogotá, D. C., diez y siete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00035-00(1822).- Referencia: Conflicto de intereses. Ministro de Hacienda y Crédito Público

puede afirmarse que el conflicto ha de aparecer de tal manera grave, que pueda afectar su discernimiento o imparcialidad al punto de separarlo del interés general y llevarlo al propio beneficio o el de sus allegados.

Lo anterior no significa que el conflicto de intereses no pueda darse o no tenga lugar, en los casos de expedición de actos en los que intervienen distintas autoridades, pues en relación con cada servidor público podría presentarse la situación de conflicto respecto de su actuación en alguna de las etapas de formación del acto, y en tal evento, los presupuestos normativos del conflicto podrían tener ocurrencia.

Bajo esta perspectiva, estima la Sala que en aquellos casos en que la participación del señor Ministro se produce en relación con actos jurídicos que requieren decisiones de otras autoridades o de órganos colegiados, la configuración eventual del conflicto debe analizarse en relación con su respectiva actuación.

(vii) Es de **carácter preventivo**, pues ante la situación de conflicto el legislador ofrece el mecanismo de la declaratoria de impedimento para separarse del conocimiento del asunto con el fin de evitar la actuación contraria al interés público, y con ello la imposición de sanciones.

(viii) La **consecuencia jurídica** es el deber de **declararse impedido**.” (Énfasis añadido).

- En este mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 regula las causales de conflicto de interés. Estas causales tienen plena aplicabilidad legal en este caso, por lo expresamente previsto en la sección 2.22. de los Pliegos de Condiciones:

“ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de

las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. **Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.**

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición” (Énfasis añadido).

Se precisa que cada una de las causales de conflicto de interés tipificadas por la Ley 1437 de 2011 se deben interpretar en un todo con la “finalidad” del conflicto de interés delimitada por la jurisprudencia de Consejo de Estado. Es decir que, cada causal habrá de examinarse en “asuntos específicos”, es decir que, no puede predicarse de situaciones meramente hipotéticas y abstractas, en donde “no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto”.

2.2. Causales contractuales

La sección 2.2. “conflicto de interés” de los términos de referencia de la Convocatoria Pública No. FCO-I-005-2020 (en adelante “proceso de selección”), respecto de las causas que configuran conflicto de interés señala:

2.22 CONFLICTO DE INTERÉS

Para los precisos efectos de estos Términos de Referencia, se considerará que, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, un proponente no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando

1. *Se incurra en las causales previstas en la Ley 734 de 2002, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.*
2. **Hayan participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto objeto de la presente convocatoria, así como en la estructuración de los Términos de Referencia y en la evaluación y selección del proceso de contratación. Este conflicto lo será también respecto de los socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas.**
3. *Si bien puede presentar propuesta en la presente convocatoria como proponente singular (Persona Natural o Jurídica), o como proponente plural (Unión temporal y/o Consorcio) y a la convocatoria que se adelanta para contratar la consultoría del proyecto. Quien resulte en la primera posición del orden de elegibilidad y se seleccione como ganador del proceso de selección de la Consultoría y se encuentre participando en el presente proceso de interventoría, no podrá ser adjudicatario en este último. Se establece este conflicto de intereses 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 dos contratistas”. (Énfasis añadido).

Los pliegos de condiciones son totalmente consistentes con la jurisprudencia del Consejo de Estado. Nótese que se predicen de casos “concretos” esto es haber “participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto **objeto de la convocatoria**” y no son por tanto “hipotéticos” o referidos a situaciones generales de otro tipo de proyectos o situaciones ambiguas.

2.3. IMPROCEDENCIA DE CONFLICTO DE INTERÉS EN EL CASO CONCRETO

2.3.1. Precisión Inicial: Los procesos de selección son diferentes

Es importante precisar que el veedor que formula la observación no tiene en cuenta que se refiere a tres procesos de selección diferentes y con diferentes proponentes, cada uno sometido de manera estricta a las disposiciones legales y a criterios de selección objetiva.

- La **UNIÓN TEMPORAL FÉRREA CEP**, integrada en un 30% por **PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S**, presentó una propuesta ante **FINANCIERA DEL DESARROLLO TERRITORIAL S.A – FINDETER**, para la Convocatoria Pública No. FCO-I-005-2020 que tiene por objeto *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”.*
- A su turno, la **UNION TEMPORAL ESTRUCTURACIÓN TRAMO 3 FDA**, está integrada por **EUROESTUDIOS INGENIEROS DE CONSULTA S.A.S., PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS**, y presentó su propuesta ante **LA PROMOTORA FERROCARRIL DE ANTIOQUIA** en el proceso de selección para adelantar *los estudios técnicos, legales y financieros tramo Santo Domingo - Puerto Berrio*. La propuesta de la Unión Temporal fue seleccionada por resultar ser la mejor entre todos los proponentes, previo proceso de verificación de los requisitos habilitantes y de la oferta económica en los términos de la Ley 1150 de 2007³, que garantiza plenamente la **Selección objetiva**.

³ Ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

- Finalmente, la **UNIÓN TEMPORAL EGIS, DELOITTE- DURAN & OSORIO**, conformada por **EGIS CONSULTORÍA SAS, DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LTDA y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS**, presentó su propuesta ante **FINANCIERA DEL DESARROLLO TERRITORIAL S.A – FINDETER** para *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*. La propuesta de la Unión Temporal resultó adjudicataria del Proceso de selección, como quiera que acreditó el cumplimiento de los requisitos habilitantes así como la mejor oferta económica.

De manera preliminar se observa que, cada proceso de selección en particular, se encontraba regido por la ley 80 de 1993, y demás normas aplicables, los criterios de selección objetiva y los requerimientos particulares de cada una de las entidades contratantes para cada objeto contractual. De manera que, no puede predicarse un conflicto de interés, ante la existencia de diferentes entidades, cada una con sus procedimientos reglados y preestablecidos para cada proceso particular. Esto es así teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto de interés configurado frente a situaciones de carácter “particular y concreto” como lo ratifica el numeral (2) de la sección 2.22. del Pliego de Condiciones y la línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

2.3.2. No se configuran las causales legales ni contractuales para constituir conflicto de intereses

El veedor ciudadano en su observación manifestó de manera confusa y ambigua que “presuntamente” se constituía la causal de conflicto de interés de que trata el numeral 10 de la Ley 1437 de 2011:

“(...)

Como consecuencia de lo anterior el suscrito veedor encuentra la presencia de un palmario conflicto de interés de la UNIÓN TEMPORAL FERREA CEP, en cabeza de sus integrante PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A., de acuerdo con lo preceptuado en la primera causal del numeral 2.2.22. Conflicto de interés de los términos de referencia del proceso del asunto, que a su tenor establece:

“2.22 CONFLICTO DE INTERES

Para los precisos efectos de estos Términos de Referencia, se considerará que, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, un proponente no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando:

Se incurra en las causales previstas en la Ley 734 de 2002, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.”

Por su parte el numeral del 10 del artículo 11 de la ley 1437 de 2011, establece como causal de conflicto de interés, impedimento y recusación. “Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.” (Énfasis añadido).

En este mismo sentido, el veedor ciudadano argumentó que existía conflicto de intereses con fundamento en: i) la **Ley 734 de 2002**, que corresponde al artículo 40; ii) la **Ley 1437 de 2011**, en el numeral 10 del artículo 11; y en el **Numeral 2.22 de los términos de referencia**. A continuación examinamos cada supuesto normativo y su inexistente configuración con la participación de la UT FERREA CEP así:

- **Ley 734 de 2002.** De acuerdo con el análisis jurídico realizado en el capítulo anterior, el conflicto de intereses en los términos del artículo 40 de esta ley, se configura cuando existe un interés “directo o indirecto” que trate de un **asunto específico y concreto** y que genere un conflicto actual y cierto.

Así, para predicar un **interés**, en los términos exigidos por la Ley 734 que de cuenta de una situación constitutiva de conflicto de intereses, este, debe ser como mínimo **directo o indirecto, que trate de un asunto específico y concreto, generando además un conflicto actual y cierto.**

En el caso concreto, la relación entre **PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS** se enmarca exclusivamente en un figura asociativa con el objeto único de conformar una Unión Temporal con el objeto de participar en un proceso de selección para adelantar *los estudios técnicos, legales y financieros tramo Santo Domingo - Puerto Berrio*. Esto, de ninguna manera configura razón suficiente para la existencia de un interés directo, concreto, relacionado con un asunto de control/gestión o regulación, que genere un conflicto cierto. En otras palabras, ¿como podría existir conflicto de interés de una UT estructuradora de un proyecto con características totalmente diferentes, con la UT TEMPORAL FERREA CEP que participa en este proyecto para ser el Interventor de un contrato del que ni siquiera fue estructurador?

Dicho de otro modo, la participación conjunta en una asociación legítima creada para participar en un **proceso de selección diferente**, no configura *per sé* un interés legítimo de una parte u otra, de manera que se erige entonces como una “suposición” de parte del observador, con fundamento en meras especulaciones debido a que no evidencia un conflicto **cierto, actual ni determinado** y que por demás, vulnera el principio de presunción de inocencia.

Al no existir pruebas contundentes que acrediten la existencia de interés, y como quiera que las causales para la procedencia del conflicto de intereses deben examinarse con estricto apego a sus causales taxativas y su interpretación jurisprudencial, no se encuentran dados los supuestos para que se configure una situación constitutiva de conflicto de interés en los términos definidos por la Ley 734 de 2002- artículo 40 -.

- El numeral 10 del artículo 11, refiere la existencia de un conflicto de intereses como consecuencia de ser “*socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.*”

En línea con el análisis anterior, el observador nuevamente manifiesta con ligereza que existe un “interés” sólo por la concurrencia de **PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS**, en una figura asociativa para participar en otro proceso de selección, ante otra entidad, sujeto a otras normas.

- Resulta claro que el numeral 10 del artículo 11 habrá de interpretarse armónica y consistentemente con el numeral 2 de la sección 2.22. de los términos de referencia, de manera que, la situación “abstracta” planteada por el veedor, se interprete de manera clara, específica, frente a un “asunto concreto” y respecto a un conflicto actual y cierto. Es decir que, se examinará la participación de la UT FERREA CEP únicamente en el marco de este proceso de selección, en el que ninguno de los miembros de la UT actuó como estructurador técnico, legal ni financiero del Proyecto objeto de selección.

Pero además, desconoce el observador que en función de la libertad de asociación constitucional, los empresarios pueden participar de manera libre ante los procesos licitatorios que adelanten las entidades públicas, sin que por esto implique necesariamente un interés, como mal interpreta el veedor.

Sobre el principio de libre concurrencia, el Consejo de Estado ha insistido que el adjudicatario de un proceso de selección debe poder participar en el mismo sin que se impongan “limitaciones irracionales o injustificadas” a su participación. En términos de conflicto de interés, esta línea argumentativa del Consejo de Estado podría interpretarse, como sin examinar situaciones hipotéticas, no claras ni concretas para la constitución de conflicto de interés:

*“El principio de libre concurrencia se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante. (...) **Eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación.**”⁵*

Pretende entonces el observador, **imponer limitaciones irracionales** al pretender que en un proyecto de tan grande magnitud los empresarios no puedan asociarse libremente ni concurrir en igualdad de condiciones, sin excesivas ritualidades que, en lugar de garantizar la selección objetiva, impiden la selección de la oferta más favorable a los requerimientos de la administración.

- Menos aún se configura la causal contenida en el numeral (2) de la sección 2.22. de los pliegos de condiciones. Esta causal está prevista así:

“2.Hayan participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto objeto de la presente convocatoria, así como en la estructuración de los Términos de Referencia y en la evaluación y selección

⁴ Art. 38 Constitucional.

⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005)

del proceso de contratación. Este conflicto lo será también respecto de los socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas” (Énfasis añadido).

Como se observa esta causal contractual contenida en los pliegos de condiciones tampoco se configura con la participación de la UT FERREA CEP. Esto es así como quiera:

- (i) Que la condición de “socio” de alguno de los miembros en la UT ESTRUCTURACIÓN TRAMO 3 no le brinda una “ventaja” ni vicia tampoco su selección objetiva. Se trata de proyectos completamente distintos, sobre los cuales ningún tipo de información generaría una ventaja o provecho para UT FERREA CEP en el marco de este proceso de selección.
- (ii) Que además, la causal específica creada por los términos de referencia es totalmente consistente con la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, sólo existiría un conflicto de interés cuando la “UT FERREA CEP” hubiere participado como “estructurador, evaluador” o en la “aprobación, viabilización y financiación” del Proyecto objeto de selección, esto es, la interventoría técnica, financiera, contable, social y de equidad de género, ambiental y jurídica para la estructuración técnica, legal, financiera y de equidad de género e inclusión social de un tren de carga de pasajeros entre Bogotá y Zipaquirá.
- (iii) Que UT FERREA CEP no actuó ni el veedor aportó pruebas que demuestren que intervino como “estructurador, evaluador” o en la “aprobación, viabilización y financiación” del Proyecto objeto de selección, esto es, la interventoría técnica, financiera, contable, social y de equidad de género, ambiental y jurídica para la estructuración técnica, legal, financiera y de equidad de género e inclusión social de un tren de carga de pasajeros entre Bogotá y Zipaquirá.
- (iv) Que por tanto, no se configura situación constitutiva de conflicto de interés en los términos previstos por el numeral (2) de la sección 2.22. del pliego de condiciones de la Licitación Pública.

III. CONCLUSIONES

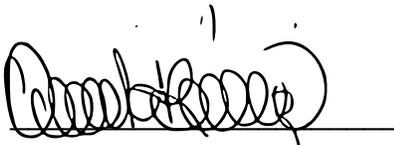
- (i) Cada una de las causales de conflicto de interés tipificadas por la Ley 1437 de 2011 se deben interpretar en un todo con la “finalidad” del conflicto de interés delimitada por la jurisprudencia de Consejo de Estado. Es decir que, cada causal habrá de examinarse en “asuntos específicos”, es decir que, no puede predicarse de situaciones meramente hipotéticas y abstractas, en donde “*no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto*”.
- (ii) El numeral 2 de la sección 2.22. de los pliegos de condiciones es totalmente consistente con la jurisprudencia del Consejo de Estado. Nótese que se predicen de casos “concretos” esto es haber “participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto **objeto de la convocatoria**” y no son por tanto “hipotéticos” o referidos a situaciones generales de otro tipo de proyectos o situaciones ambiguas.
- (iii) Cada proceso de selección en particular, se encontraba regido por la ley 80 de 1993, y demás normas aplicables, los criterios de selección objetiva y los requerimientos particulares de cada una de las entidades contratantes para cada objeto contractual. De manera que, no puede predicarse un conflicto de interés, ante la existencia de diferentes entidades, cada una con sus procedimientos reglados y preestablecidos para cada proceso particular. Esto es así teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto

- de interés configurado frente a situaciones de carácter “particular y concreto” como lo ratifica el numeral (2) de la sección 2.22. del Pliego de Condiciones y la línea jurisprudencial del Consejo de Estado.
- (iv) Al no existir pruebas contundentes que acrediten la existencia de interés, y como quiera que las causales para la procedencia del conflicto de intereses deben examinarse con estricto apego a sus causales taxativas y su interpretación jurisprudencial, no se encuentran dados los supuestos para que se configure una situación constitutiva de conflicto de interés en los términos definidos por la Ley 734 de 2002- artículo 40 -.
 - (v) Pretende entonces el observador, **imponer limitaciones irracionales** al pretender que en un proyecto de tan grande magnitud los empresarios no puedan asociarse libremente ni concurrir en igualdad de condiciones, sin excesivas ritualidades que, en lugar de garantizar la selección objetiva, impiden la selección de la oferta más favorable a los requerimientos de la administración.
 - (vi) No se configura causal constitutiva de conflicto de interés en los términos del numeral 10 del artículo 11. Esta norma habrá de interpretarse armónica y consistentemente con el numeral 2 de la sección 2.22. de los términos de referencia, de manera que, la situación “abstracta” planteada por el veedor, se interprete de manera clara, específica, frente a un “asunto concreto” y respecto a un conflicto actual y cierto. Es decir que, se examinará la participación de la UT FERREA CEP únicamente en el marco de este proceso de selección, en el que ninguno de los miembros de la UT actuó como estructurador técnico, legal ni financiero del Proyecto objeto de selección.
 - (vii) La relación entre **PROFIT BANCA DE INVERSIÓN S.A.S y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS** se enmarca exclusivamente en un figura asociativa con el objeto único de conformar una Unión Temporal con el objeto de participar en un proceso de selección para adelantar *los estudios técnicos, legales y financieros tramo Santo Domingo - Puerto Berrio*. Esto, de ninguna manera configura razón suficiente para la existencia de un interés directo, concreto, relacionado con un asunto de control/gestión o regulación, que genere un conflicto cierto en el marco de este proceso que pretende un objeto completamente distinto. En otras palabras, ¿como podría existir conflicto de interés de una UT estructuradora de un proyecto con características totalmente diferentes, con la UT TEMPORAL FERREA CEP que participa en este proyecto para ser el Interventor de un contrato del que ni siquiera fue estructurador?
 - (viii) En efecto UT FERREA CEP no actuó ni el veedor aportó pruebas que demuestren que intervino como “estructurador, evaluador” o en la “aprobación, viabilización y financiación” del Proyecto objeto de selección, esto es, la interventoría técnica, financiera, contable, social y de equidad de género, ambiental y jurídica para la estructuración técnica, legal, financiera y de equidad de género e inclusión social de un tren de carga de pasajeros entre Bogotá y Zipaquirá. Por lo que, tampoco se configura situación constitutiva de conflicto de interés en los términos previstos por el numeral (2) de la sección 2.22. del pliego de condiciones de la Licitación Pública.

IV. SOLICITUD

En consideración a lo anterior, respetuosamente solicitamos rechazar por improcedente la observación presentada por el GABRIEL MACHADO DAZA, en su condición de veedor ciudadano. La solicitud no sólo carece de fundamento legal y contractual, sino que además afectaría la libertad de concurrencia y plena participación de la UT FERREA CEP dentro del proceso de selección.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andrea Ramírez Velandia', written over a horizontal line.

Andrea Ramírez Velandia
Representante legal Suplente
UNION TEMPORAL FERREA CEP