

CONFLICTO DE INTERESES DE CONTRATISTA - Definición. No procede su aplicación extensiva o analógica / Es posible incluirlos en pliegos de condiciones

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 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.

NOTA DE RELATORIA: Respecto del conflicto de la posibilidad de incluir cláusulas que regulen conflictos de intereses de contratistas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1767 de 10 de agosto de 2006. Autorizada la publicación con oficio 201111302009001 de 4 de mayo de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 52 A 57.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: Contratación de la Administración Pública. Principios. Selección objetiva. Conflicto de intereses.

El señor Ministro de Transporte, doctor Germán Cardona Gutiérrez, solicita el concepto de la Sala sobre un eventual conflicto de intereses planteado en el proceso de contratación de la interventoría del sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol, según explica en los antecedentes que se resumen a continuación.

El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, abrió los Concursos de Méritos en modalidad de lista corta, Nos. SEA-CM-001 y SEA-CM-002, ambos del 2010, para contratar la interventoría de los contratos de concesión Nos. 1 y 2,

respectivamente, que corresponden a los sectores 1 (Tobiagrande/Villeta - El Korán) y 2 (Puerto Salgar - San Roque), del Proyecto Vial Ruta del Sol.

Uno de los cinco proponentes precalificados en los concursos de méritos es el CONSORCIO SUPERVISION EL TREBOL, integrado por las sociedades AIM Ltda., INGETEC S.A. Ingenieros y Consultores, Restrepo y Uribe Ltda., y Sedic S.A.

El INCO solicitó a los concesionarios adjudicatarios de los sectores 1 y 2 de la Ruta del Sol, que le informaran si tenían conocimiento de situaciones o hechos que pudieran generar o constituir “causal de conflicto de interés de acuerdo con lo previsto en los pliegos de condiciones en el numeral 3.1.1 literal C, subliteral iii”, frente a los proponentes precalificados para las interventorías o a alguno de los integrantes de éstos.

La sociedad concesionaria RUTA DEL SOL S.A.S., ejecutora de la concesión en el sector 2, puso en conocimiento del INCO “...unos hechos que considera que dan lugar a una situación que ‘pudiera impedir al Proponente Precalificado (Consortio supervisión el Trébol) o a cualquiera de sus miembros (Ingetec S.A.) a tomar decisión imparcial en relación con la ejecución del Contrato de Interventoría’, por encontrarse eventualmente ‘en una situación de conflicto de interés (...) con el Concesionario (Concesionario Ruta del Sol S.A.S.) o cualquiera de sus miembros (Constructora Norberto Odebrecht S.A.)’”. [La cursiva es del original].

Para sustentar su apreciación la sociedad concesionaria adujo que con relación a la Central Hidroeléctrica MIEL I, el laudo arbitral proferido por la Cámara de Comercio Internacional de París, el 2 de julio de 2010, condenó a ISAGEN S.A. a un pago económico a favor del CONSORCIO MIEL, del cual es miembro la Constructora Norberto Odebrecht S.A.; que en la Central Hidroeléctrica PORCE III esta misma Constructora Odebrecht demandó a las Empresas Públicas de Medellín ESP; y que tanto en la condena como en el proceso que inicia habría incidido la conducta de INGETEC S.A. en ejercicio de la interventoría a su cargo.

A su vez, el CONSORCIO SUPERVISION EL TREBOL respondió al INCO el 26 de octubre del 2010; sobre el caso de la MIEL I explicó que a esa fecha INGETEC S.A. “no tenía conocimiento del contenido del laudo arbitral de julio de 2010”, pues no fue parte en el proceso arbitral y además ISAGEN S.A. ha dicho que la providencia “tiene el carácter de información reservada... debido a la impugnación del laudo”; y respecto de PORCE III informó que la demanda es de conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia y fue instaurada por la Constructora Odebrecht S.A., “presuntamente como consecuencia de la conducta de la firma INGETEC...”; por ende, solicita desestimar los argumentos de la concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

La consulta a la Sala se plantea en los siguientes términos:

“Teniendo en consideración la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el laudo arbitral originados en la ejecución de contratos en los que la firma Ingetec S.A. actuó como interventora, y la compañía Odebrecht como contratante, a través del Consortio la Miel, se pregunta:

“Si Ingetec S.A. eventualmente resultare favorecida, como miembro del Consortio Supervisión El Trébol, ¿podría generarse un conflicto de

intereses con el concesionario Ruta del Sol S.A., del cual es parte la Sociedad Constructora Obredecht?

“En caso afirmativo, ¿podría esta situación servir de fundamento para excluir del proceso concursal al Consorcio Supervisión El Trébol?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

Se trata de un “eventual” conflicto de intereses planteado por el contratista concesionario de una obra pública respecto de quien podría ser su interventor como resultado del concurso de méritos que para tal fin adelanta la entidad estatal contratante.

En criterio del concesionario, algunos hechos, anteriores y ajenos al proceso de contratación de la interventoría, podrían afectar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones del interventor, por parte de uno de los integrantes de uno de los proponentes preseleccionados, atendida la definición de “conflicto de interés” que trae el pliego de condiciones.

Luego de una consideración preliminar relativa a la documentación que soportará este concepto y de narrar los hechos aducidos por la sociedad concesionaria como posibles causales de conflicto, la Sala ubicará el tema en el procedimiento contractual del concurso de méritos y en los principios y reglas que estructuran la selección objetiva del contratista; continuará con la regulación legal y contractual del conflicto de intereses en la interventoría de obras públicas; y responderá las preguntas que le han sido formuladas.

Consideración preliminar

El señor Ministro de Transporte adjuntó a la consulta copias simples del pliego de condiciones del concurso de méritos SEA-CM-002 DE 20101, y de los oficios cruzados entre el INCO, la Sociedad Concesionaria S.A.S Sector 2 Ruta del Sol y el Consorcio Supervisión El Trébol, así como del laudo arbitral (parcial) y de la demanda instaurada contra EPM, en los que se sustenta la sociedad concesionaria.

El despacho del Magistrado Ponente verbalmente solicitó información adicional al respecto a los funcionarios del Ministerio de Transporte y del INCO que revisaron y prepararon la consulta¹, pero explicaron que solamente obraba la que fue remitida a esta Sala.

Así mismo, el 21 de febrero del 2011 se llevó a cabo una audiencia de la Sala con la señora Gerente del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y dos de sus asesores, en la cual fueron expuestos los trámites adelantados por esa entidad respecto del concurso de méritos y del tema consultado, y se recibió copia completa del laudo, el cual está en firme según se informó en la reunión.

El presente concepto se enmarca en la documentación recibida.

¹ Sus nombres y ubicación están indicados en el texto de la consulta, debajo de la firma del señor Ministro de Transporte.

1. El tema consultado en el régimen contractual de las entidades estatales

El artículo 32, numeral 2o de la ley 80 de 1993², relaciona la interventoría como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría y, la ley 1150 del 2007³, regula el concurso de méritos como la modalidad de "selección de consultores o proyectos." Entonces, los pliegos de condiciones del concurso de méritos No. SEA-CM-002 DE 2010, abierto por el INCO para contratar la interventoría del contrato de concesión correspondiente al Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol, están regulados por las leyes en cita y, en consecuencia, se sujetan a los principios de transparencia, economía y responsabilidad⁴, y en particular a la regla de selección objetiva de los contratistas, que se pasa a analizar.

En virtud del principio de transparencia, el artículo 24, numeral 5º, literales a) y b), de la ley 80 de 1993, ordena que los pliegos de condiciones deben incluir "*los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección*", y definir "*reglas objetivas, justas, claras y completas*" que "*aseguren una escogencia objetiva...*".⁵

En razón del principio de economía, los procesos de selección y los pliegos de condiciones sólo pueden contener "los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable"; y la declaratoria de desierta de la licitación "únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva..."⁶

Bajo el principio de responsabilidad, "las entidades y los servidores públicos, responderán... cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma

² Ley 80 de 1993 (Octubre 28), "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", D. O. o. 41.094 (Oct.28/93); Art. 32. "*De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto..., así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación ... **2o. Contrato de consultoría.** (...) Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría..."

³ Ley 1150 de 2007 (julio 16), "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.", D. O. No. 46.691 (Julio 16/07). Art. 2º. "*DE LAS MODALIDADES DE SELECCION.* La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...) 3. **Concurso de méritos.** Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación..."

⁴ L.80/93, Art. 23. "*DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

⁵ L. 80/93, Art. 24 [Modif. por los Arts. 32 y 33 de la ley 1150/07], "*DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.* En virtud de este principio: (...) 5º. En los pliegos de condiciones: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. (...) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral o dispongan renuncias o reclamaciones por la ocurrencia del os hechos aquí enunciados.(...) 8º. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso deponer y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

⁶ L. 80/93, Art. 25 [Modif. por los Arts. 32 y 33 de la ley 1150/07], "*DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA.* En virtud de este principio: 1º. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta

incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”⁷

Establece también el artículo 30, numeral 2º, de la ley 80 en cita, entre las reglas de la licitación, la de detallar en los pliegos de condiciones, “... la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”⁸

Por su parte la ley 1150 del 2007, ordena en el párrafo 2º del artículo 2º, que en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, *“deberá observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: ... 3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.”*

La misma ley 1150, define la *selección objetiva* como aquella *“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...”*; y relaciona los criterios que deben seguirse en los factores establecidos en los pliegos de condiciones para la escogencia y calificación.⁹

Así pues, los principios que rigen la actividad contractual de la administración pública están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado y, a la vez, hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que en cada proceso licitatorio sean exigidos según el objeto del contrato que se pretende celebrar.¹⁰

Para esos efectos, los pliegos de condiciones, en cada caso, se constituyen en la ley de la licitación o del concurso de méritos de que se trate, porque además de incorporar y desarrollar las reglas que definen la selección objetiva del contratista, también delimitan el contenido y el alcance del negocio jurídico que habrá de

⁷ L. 80/93, Art. 26 [Modif. por los artículos 32 y 33 de la ley 1150/07], “DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: (...) 3º. Las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos (...)”.

⁸ L. 80/93, Art. 30. “DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCION. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: ...2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.(...)”.

⁹ L. 1150/07, Cfr. Art. 5º. “De la selección objetiva...”.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias C-400-99, C-949-01: “Uno de los aspectos que merece especial interés es el atinente a la selección del contratista, puesto que es incuestionable que de la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales depende en gran medida el éxito de la gestión contractual del Estado y, por ende, la debida satisfacción de las necesidades públicas. Que esta selección deba estar regida por criterios objetivos excluyendo toda motivación de carácter subjetivo, es una exigencia derivada del significado instrumental que tiene la contratación de la administración pública, en cuanto atiende a la realización de los fines que justifican el Estado Social de Derecho (arts. 2 y 365 de la C.P.), pero también de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que guían la función administrativa (art. 209 ibidem)...”

celebrarse; por ende, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para la entidad estatal contratante, para los oferentes y para el futuro contratista.¹¹

Las preguntas planteadas a la Sala recaen sobre las cláusulas del pliego de condiciones que regulan el conflicto de intereses que, de presentarse, tiene como consecuencia la exclusión del participante en el concurso de méritos, por lo que estas cláusulas deben ser analizadas en el marco legal de los principios y reglas de la contratación estatal, para establecer si la forma como se regula en el pliego de condiciones y su consiguiente aplicación, garantizan la objetividad de la selección del contratista interventor.

El análisis enunciado requiere previamente una breve revisión de la legislación sobre el conflicto de intereses.

2. 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. Así por ejemplo:

La ley 734 del 2002¹², o Código Unico 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 interventores¹³. 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 2006¹⁴ respecto de la ley 80 de 1993; concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema.

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.¹⁵

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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2006, Rad.: 76001-23-31-000-1996-02716-01.

¹² Ley 734 de 2002 (febrero 05) “Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.”

¹³ Cfr. ley 734/02, Art. 53 y sentencia C-037-03.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de agosto del 2006, Rad. No. 1767. Publicación autorizada con oficio 39323 del 16 de agosto de 2006.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de abril del 2004, Rad. No. 1572.

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.”¹⁶.

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.¹⁷.

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.”¹⁸

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

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: Sentencias de Sala Plena, del 13 de julio de 2006. Rad. 2005-01132-01 (PI), y del 10 de septiembre de 2009, Rad.: 63001-23-31-000-2009-00071-01(PI); Sentencia de la Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2004-00365-01, del 29 de enero de 2009.

¹⁷ 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.”

¹⁸ Cfr. DRAE

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.

En esta perspectiva entra la Sala a examinar el conflicto de intereses en los términos establecidos por el INCO en el proceso de selección de la interventoría objeto de la consulta.

3. El conflicto de intereses en el pliego de condiciones del Concurso de Méritos SEA-CM-002 DE 2010

En los pliegos de condiciones del concurso de méritos para la interventoría del sector 2 del proyecto vial Ruta del Sol se reguló la figura del conflicto de interés de tres maneras: la primera, exigiendo a los proponentes declarar bajo juramento que no se encuentran incursos en situaciones de conflicto, ni con el INCO ni con los contratistas concesionarios de las obras del proyecto vial; la segunda, mediante una definición general; y la tercera, estableciendo unas causales precisas. Dice el subliteral (iii), literal (c), numeral 3.1.1., del Capítulo III, del pliego de condiciones del Concurso de Méritos SEA-CM-002 DE 2010:

“Tampoco podrán participar en el presente proceso quienes se encuentren en una situación de conflicto de interés con el INCO o con el Concesionario o cualquiera de sus miembros, constancia que se entiende declarada bajo la gravedad de juramento, con la Carta de Presentación de la Propuesta. Para los efectos de este Pliego se entenderá por conflicto de interés 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. Sin limitar la generalidad de lo anterior, se presumirá que hay conflicto de interés respecto de las personas que:

“1. Hayan participado en la estructuración del Proyecto.

“2. Actualmente adelanten la ejecución de cualquier contrato de manera individual o de manera conjunta bajo una Estructura Plural con el Concesionario o cualquiera de sus miembros.

“3. Sean empresas controladas en los términos del Código de Comercio colombiano por el Concesionario o por cualquiera de sus miembros.

“4. Hayan sido contratados por el Concesionario o por cualquiera de sus miembros para la ejecución de un contrato y dicho contrato se encuentre vigente o haya terminado dentro del último año contado a partir de la publicación del Documento de Convocatoria.

“5. Tengan como interventor al Concesionario o a cualquiera de sus miembros en algún contrato que se encuentre vigente o que haya terminado dentro del último año contado a partir de la publicación del Documento de Convocatoria.”

La exigencia del juramento debe entenderse referida a las leyes vigentes sobre la materia, como la ley 734 del 2002; y a la ley 80 de 1993, en tanto allí se establecen inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, algunas de las cuales denotan situaciones generadoras del conflicto de intereses.

Las causales de conflicto de intereses contenidas en los cinco numerales de la cláusula del pliego de condiciones, transcrita, presentan una redacción objetiva, puesto que ellas corresponden a actividades y relaciones laborales, contractuales o de subordinación de sociedades que, de presentarse entre un proponente y el INCO (estructuración del Proyecto, causal primera) o entre un proponente y el contratista Concesionario (causales, 2, 3 y 4), permiten suponer, por sí mismas, la posibilidad de afectación del ejercicio de las funciones de interventoría en favor del mismo INCO (la causal primera) o del Concesionario (las causales previstas en los numerales 2, 3 y 4). Vale decir, que la definición de estas causales cumple con las exigencias de tipicidad y objetividad que se dejaron analizadas en el punto precedente.

Otra cosa, sin embargo, ocurre con la definición genérica del conflicto de intereses. Para examinarla se transcribe nuevamente:

“Para los efectos de este Pliego se entenderá por conflicto de interés 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.”

Así pues, se da el significado de conflicto de intereses a *"una situación que puede afectar la imparcialidad del interventor"*.

Observa la Sala, en primer término, que la expresión “aquella situación”, es abstracta, carece de concreción, no representa ninguna acción u omisión concreta, ni identifica hecho alguno, esto es, no “tipifica” la conducta o la circunstancia de la cual derivaría el efecto sancionatorio o restrictivo propio del conflicto de intereses.

En segundo término, las palabras “que impida o pudiere impedir... tomar una decisión imparcial”, expresan que en una situación dada es tan factible esperar un efecto en la conducta del interventor, como esperar que tal efecto no se dé. Vale decir que la definición permite considerar situaciones que carecen de certeza en sí mismas, esto es, da cabida a consideraciones y circunstancias subjetivas, que por consiguiente, darán lugar a apreciaciones de igual naturaleza.

Los dos elementos enunciados hacen concluir que la definición del conflicto de intereses adoptada en el pliego de condiciones del concurso de méritos SEA-CM-002 DE 2010, es ambigua, 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.

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.

Esta conclusión de la Sala queda ampliamente corroborada con la interpretación y aplicación que la sociedad Concesionaria ha dado a la definición en comento, tanto por las situaciones que invoca como por la manera de exponerlas.

En efecto, la síntesis hecha en el escrito de la consulta, corroborada con la lectura de la comunicación enviada al INCO por la sociedad concesionaria, muestra cómo la ambigüedad de la definición contenida en el pliego de condiciones condujo a que alguien estimara que sus solas afirmaciones podrían ser elemento suficiente para configurar un conflicto de intereses y sustentar la exclusión de un determinado proponente.

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.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“Si Ingetec S.A. eventualmente resultare favorecida, como miembro del Consorcio Supervisión El Trébol, ¿podría generarse un conflicto de intereses con el concesionario Ruta del Sol S.A., del cual es parte la Sociedad Constructora Obredecht?”

No; la redacción del numeral 3.1.1 literal C, subliteral iii” de los pliegos de condiciones del Concurso de Méritos No. SEA-CM-002 DE 2010, en su primer párrafo, no tipifica una regla objetiva, justa, clara y concreta y tampoco identifica conductas que en sí mismas permitan definir el conflicto de intereses; en consecuencia, no es posible derivar de ella el conflicto planteado por el concesionario Ruta del Sol S.A., respecto de INGETEC S.A. como miembro del Consorcio Supervisión El Trébol.

“En caso afirmativo, ¿podría esta situación servir de fundamento para excluir del proceso concursal al Consorcio Supervisión El Trébol?”

Como la respuesta a la pregunta anterior es negativa, las razones aducidas para sustentar el conflicto de intereses no sirven de fundamento para excluir del proceso concursal al Consorcio Supervisión El Trébol.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA P.
Consejero

LUIS FERNANDO ALVAREZ J.
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala