Bogotá, D.C.

570

Datos Notificación

Nombres/Apellidos: _____

No Identificación: _____

Fecha y Hora: _____

Nota: Los datos de este apartado solo serán diligenciados por la persona quien recibe este documento al momento de la notificación.

Doctor
Juan Carlos Gualdron Alba
Director de Apoyo al Despacho
Centro de Atención al Ciudadano
Contraloría de Bogotá.
Carrera 32 A No. 26 A -10
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta a *"Traslado por competencia Derecho de Petición DPC - 897/24, radicado en este Ente de Control con No.1-2024-11367 de fecha 6 de mayo de 2024"*

Referencia: Radicados ALB No. 20244211536052 y Contraloría de Bogotá No. 1-2024-11367 del radicado y DPC-897/24.

Respetado Doctor Gualdron:

En atención al asunto de la referencia, en la cual solicita *"(…) información del conflicto de intereses que exista con el SR. FRANCISCO FORERO y la contratación existente con ALCALDIA DE BOSA CPS 036-2024, teniendo en cuenta los convenios, contratos y demás documentos firmados como SUBDIRECTOR SDHT (…)"*. Al respecto la Entidad se permite informar que en los documentos allegados por el contratista Francisco Julián Forero Rincón, para la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios No. 036-2024 CPS-P (106262), en el Formato Único de Hoja de Vida Persona Natural, presentado en la Plataforma SIDEAP, el contratista en mención, manifestó bajo la gravedad de juramento que NO se encontraba dentro de las causales de Inhabilidades e Incompatibilidades del orden Constitucional o Legal, para ejercer cargos, empleos públicos o para celebrar contratos de prestación de servicios con la Administración Pública, como se puede evidenciar en la Imagen No. 1, que a continuación se anexa:


5 FIRMA DEL SERVIDOR PÚBLICO O CONTRATISTA

MANIFIESTO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE SI ___ NO _X_ ME ENCUENTRO DENTRO DE LAS CAUSALES DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL O LEGAL, PARA EJERCER CARGOS, EMPLEOS PÚBLICOS O PARA CELEBRAR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES, CERTIFICO QUE LOS DATOS POR MI ANOTADOS EN EL PRESENTE CONTRATO ÚNICO DE HOJA DE VIDA, SON VERACES, (ARTÍCULO 5o. DE LA LEY 190/95).

Bogotá D.C. - 13-mar-2024
Ciudad y fecha del diligenciamiento

FIRMA DEL SERVIDOR PÚBLICO O CONTRATISTA

Imagen No. 1.

Del mismo modo con la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios No. 036-2024 CPS-P (106262), el contratista Francisco Julián Forero Rincón, declaró bajo la gravedad del juramento no hallarse incurso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad legal para contratar con la Entidad y en particular en las establecidas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, ni en las del artículo 5° de la Ley 828 de 2003, artículo 2° de la Ley 901 de 2004 y, en el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 y demás normas sobre la materia.

> *"(…)* ***CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA - INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERESES:*** *El Contratista declara bajo la gravedad del juramento no hallarse incurso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad legal para contratar con la Entidad y en particular en las establecidas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, ni en las del artículo 5° de la Ley 828 de 2003, artículo 2° de la Ley 901 de 2004 y, en el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 y demás normas sobre la materia.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *En caso de sobrevenir alguna inhabilidad e incompatibilidad con posterioridad a la firma del presente contrato, se procederá en la forma establecida en el artículo 9o. de la Ley 80 de 1993.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *El contratista 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. En este evento deberá seguirse el procedimiento interno establecido por la Entidad. (…)"*

La Entidad al realizar la verificación documentos allegados por el contratista Francisco Julián Forero Rincón, para la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios No. 036-2024 CPS-P (106262), y al no contar con los medios que le permitieran verificar los convenios, contratos y demás documentos firmados por el contratista Francisco Julián Forero Rincón, en el ejercicio de su cargo como Subdirector Técnico, Código 068, Grado 05, de la Subdirección de Barrios de la Subsecretaría de Coordinación Operativa, dio aplicación al principio de buena fe consagrado en el Artículo 83, de la Constitución Política de la República de Colombia, el cual indica:

> *"(…)* ***ARTICULO 83.*** *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. (…)"*

De lo preceptuado en el Artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al Artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe (…) el Artículo 863 de esa misma codificación ordena que *"las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (…)* estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (…) se trata aquí de una buena fe objetiva y *"por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho"* o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido. Es por ello, que, en el ámbito de la contratación estatal, en concreto, el principio de buena fe *"obliga a la administración pública y a los particulares contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos".*

Así las cosas, la buena fe es un principio constitucional que obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, como en el desarrollo de los contratos.

Del mismo modo, consultado al contratista Francisco Julián Forero Rincón, manifestó:

"(…) Como se evidencia en los archivos adjuntos del correo inicial, se encuentra el certificado laboral, donde se están las funciones que desarrolle como Subdirector de Barrios en la SDHT desde el 27/02/2023 hasta el 15/02/2024; el contrato suscrito entre el FDLB (036-2024) tiene fecha de inicio el 18/03/2021 por lo que no habría contratación simultánea, adicionalmente es importante tener en cuenta que el Sector Hábitat es independiente del Sector Gobierno por lo que no habría inhabilidad de contratación. (…)"

Por último es imperante determinar las causales de Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, al tenor de lo regalado por la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y lo expresado por el Consejo de Estado.

CAPITULO SEGUNDO

ARTÍCULO 54. Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. *Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:*

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
2. Las contempladas en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.
3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir». (Texto subrayado fuera del texto)

De acuerdo con la norma anteriormente trascrita, constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión; las contempladas en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen; y las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Ahora bien, con relación al conflicto de interés, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con radicado número: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, afirma:

«Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto ***debe ser directo****, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma* ***inmediata****, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un* ***beneficio especial, particular y concreto en*** *favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además* ***no se manifieste el impedimento*** *por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:*

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados".

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla».

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia con radicado número: 44001233100020040068401 del 27 de enero de 2005, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, precisa:

«La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas».

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicado número: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, establece:

*«**2. El conflicto de intereses**. Sobre este tema la Sala mediante Concepto de abril 28 de 2004, Magistrado Ponente: Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:*

"El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley».(Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, se considera que debe analizarse cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incursa en un conflicto de interés, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla está obligado a declararse impedido para hacerlo.

En este sentido, frente a la posible configuración del conflicto de interés por parte de un contratista del Estado, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 23 de marzo de 2011, Radicado número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045), dispuso:

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

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006 respecto de la ley 80 de1993; 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.

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

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

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

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

Para efectos del concepto que ahora se rinde, la Sala resalta dos elementos contenidos en el texto transcrito, a saber: la "tipicidad" y la "objetividad", que deben predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, para preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista, como se explica a continuación.

La "identificación de actividades incompatibles" con las obligaciones del contratista, significa jurídicamente, "tipificarlas", esto es, definirlas de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia que, en el caso en estudio, tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria.

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

En términos gramaticales, el vocablo "objetivo" tiene, entre sus acepciones, las de "perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir" y "que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce". En tanto que la palabra "subjetivo" se define como "perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo" y "perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo."

Siguiendo el significado gramatical de los citados términos y la exigencia legal de la objetividad en la selección de contratistas, las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o

deben intervenir en el proceso de que se trate. A lo cual ha de agregarse que esas cualidades de la regla permitirán que, desde el inicio del proceso contractual, los interesados estén en condiciones de decidir libremente su participación.

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

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». (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con el Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando existen actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al contratista en el contrato respectivo.

De acuerdo con esta corporación 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[1].

Por todo lo anteriormente descrito, la Entidad con el requerimiento de la suscripción de los Formatos precontractuales y la Minuta del Contrato, garantiza que el contratista que se presente o suscriba el Contrato Estatal con la Entidad, tenga pleno conocimiento de las causales y que no puede encontrarse incurso en Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, es por ello que la Entidad garante de los principios constitucionales da aplicación al principio de la buena fe.

Cordialmente,

LIZETH JAHIRA GONZÁLEZ VARGAS
Alcaldesa Local de Bosa
alcalde.bosa@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: Octavio Enrique Bonett Lázaro / Abogado Grupo de Contratación FDLBOSA
Revisó: Oscar Andres Gutierrez Hoyos / Abogado Grupo de Contratación FDLBOSA

[1] Concepto 054111 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública