

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SANTA MARTA – MAGDALENA

SANTA MARTA, TREINTA (30) de Junio de dos mil veinte (2020)

REF. ACCIÓN DE TUTELA

*DE ALFREDO JOSÉ HERNÁNDEZ DEL RIO en representación del
CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA CONTRA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PROCURADURÍA REGIONAL
DEL MAGDALENA*

ASUNTO PARA DECIDIR

Procede el despacho, en oportunidad legal, a pronunciarse respecto de la acción constitucional de tutela de la referencia, de acuerdo con los hechos expuestos y elementos de prueba existentes.

ANTECEDENTES

El señor *ALFREDO JOSÉ HERNÁNDEZ DEL RIO*, actuando como representante legal del *CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA*, acude a esta acción constitucional invocando la protección a los derechos fundamentales al debido proceso, los cuales estima violados por parte de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PROCURADURÍA PROVINCIAL DEL MAGDALENA**.

HECHOS

El Departamento del Magdalena da apertura a la Licitación Pública DM 001-2020, mediante la cual se pretende la selección del contratista que se encargue de “suministrar el complemento alimentario para los niños, niñas y adolescentes matriculados en las Instituciones Educativas Oficiales, registrados, priorizados y focalizados en el SIMAT, conforme a los lineamientos técnicos administrativos del PAE, vigencia 2020”. Proceso que puede consultarse en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=20-1-210064>

Que en el curso del proceso existió otro oferente, esto es la Unión Temporal NUTRIMAGDALENA, que se encuentra conformada por la Fundación Humana para un buen desarrollo social FUNDADEH y la sociedad VITALIMENTOS S.A.S.

Afirma el demandante que, durante el desarrollo del proceso presentó diferentes observaciones para exponer las diferentes irregularidades que se suscitaron al momento de realizarse las evaluaciones de los requisitos exigidos por el pliego de condiciones y advertir de igual manera que la propuesta de la Unión Temporal NUTRIMAGDALENA debía ser rechazada.

Llegado la hora y fecha programada para el desarrollo de la audiencia de adjudicación, esto es el 28 de mayo de 2020, presentó escrito por medio del cual se solicitó que, tanto el SEÑOR CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, en su calidad de Gobernador,

como la señora JENNY CAMACHO NEUTO, Jefe de la Oficina de Contratación de ese mismo despacho, se declararan impedidos, en razón de la estrecha relación del Señor JOHN VALLE CUELLO, quien estaría alineado a los intereses de la UT NUTRIMAGDALENA, con el hoy Gobernador del departamento; y permitiría inferir más allá de toda duda razonable que existe tensión entre el interés general, esto por cuanto el señor JOHN VALLE CUELLO fue parte del gabinete del señor CARLOS EDUARDO CAICEDO, cuando este funcionario fue Alcalde de Santa Marta.

Expone que se suspenda la audiencia de adjudicación hasta tanto se surtieran los trámites respectivos consagrados en la Ley 1437 de 2011, tal y como se observa en el aviso publicado en el portal de contratación SECOP.

Indica que la PROCURADURÍA PROVINCIAL DEL MAGDALENA, procedió a resolver dicha recusación mediante auto de fecha 16 de junio de 2020, declarando INFUNDADA la recusación planteada contra el señor CARLOS EDUARDO CAICEDO, en su calidad de Gobernador del Magdalena y omite pronunciarse sobre la recusación realizada también a la funcionaria JENNY CAMACHO NEUTO.

Decisión que vulnera sus derechos, por cuanto fue proferida con desconocimiento del debido proceso y el principio de legalidad, puesto que omitió la valoración integral de las pruebas aportadas durante el trámite y no resolvió lo que atañe al impedimento de JENNY CAMACHO NEUTO.

Que se encuentra frente a un perjuicio inminente, dado que, al declararse infundada dicha recusación, el proceso de licitación se reinició, por lo que el Departamento del Magdalena procederá a adjudicar el contrato a la UT NUTRIMAGDALENA, a pesar de que, se ha demostrado que existe un interés directo por parte del señor JOHN VALLE CUELLO.

PRETENSIONES

Tutelar el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PRINCIPIO DE MORALIDAD Y PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** lesionados por la entidad accionada y en consecuencia, se proceda a ordenar a la PROCURADURÍA REGIONAL DEL MAGDALENA, dejar sin efecto de manera inmediata la decisión contenida en el auto de fecha 16 de junio de 2020, por medio del cual se declaró infundada la recusación formulada en la Licitación Pública DM 001-2020, en razón a que con su decisión se vulneró los derechos de las entidades que representa, por cuanto el acto administrativo fue proferido con desconocimiento del debido proceso, el principio de legalidad y porque se omitió la valoración integral de las pruebas aportadas durante el referido trámite, lo que configura un evidente defecto fáctico. En consecuencia, solicita

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído del dieciocho (18) de junio de 2020, esta agencia judicial dispuso, entre otras, admitir la solicitud de protección constitucional, ordenando correr traslado a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA PROCURADURÍA PROVINCIAL DEL MAGDALENA, para que en el término de dos (2) días se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda. Se vinculó al Departamento del Magdalena representado por el señor Gobernador Dr. Carlos Caicedo Omar, a la jefa de contratación del departamento del Magdalena, a la Unión Temporal Nutrimagdalena, que se encuentra conformada por la Fundación Humana para un buen desarrollo social FUNDADEH y la sociedad Vitalimentos S.A.S.

RESPUESTA DE LA GOBERNACIÓN

Expone que la Administración Departamental, ha cumplido a cabalidad lo preceptuado en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y demás Decretos reglamentarios, considera que no es cierto lo afirmado por el representante Legal del CONSORCIO POR LOS NIÑOS DE MAGDALENA, en el sentido que todos los trámites, procesos y procedimientos, que se han llevado a cabo a lo largo del proceso pre contractual LP-001-2020, han sido ajustados a derecho, como se puede evidenciar en la plataforma de contratación estatal SECOP.

La oficina de Contratación fue notificada por parte de la Procuraduría Regional del Magdalena, de la actuación preventiva IUS – E -2020-224412, por medio del cual se les pone de presente que el CONSORCIO POR LOS NIÑOS DE MAGDALENA, presentó recurso de reposición contra el auto de 16 de junio de 2020, por medio del cual se declaró infundada la recusación propuesta contra el señor Gobernador Carlos Eduardo Caicedo Omar, el cual es el trámite idóneo para el caso en concreto, evidenciándose con ello que el tutelante accionó a la rama judicial teniendo en trámite un recurso sin resolver, por lo que solicita se declare improcedente la acción de tutela. (Folio 21 – 24)

RESPUESTA DE UNIÓN TEMPORAL NUTRIMAGDALENA

Informa que, el señor ALFREDO JOSÉ HERNÁNDEZ DEL RIO, quien actúa en el presente trámite como representante legal del Consorcio “Por los niños del Magdalena”, en otras oportunidades a través de apoderado, señor FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA, han venido de manera sistemática ejerciendo actuaciones DILATORIAS, abiertamente temerarias y además infundadas, dentro del trámite administrativo, tales como observaciones, recursos, impedimentos y recusaciones; las cuales han generado la suspensión de un proceso contractual, el cual tiene como finalidad satisfacer la alimentación escolar en este Departamento del Magdalena, es decir, estamos frente a derechos y garantías constitucionales de primer orden, que han venido siendo “saboteados” deliberadamente por el accionante y su apoderado, solicita que una vez resulta la presente acción, se valore la conducta del actor, en el sentido de COMPULSAR copias a la Fiscalía General de la Nación e imponer las demás sanciones a que haya lugar, que en el presente caso, el accionante hizo uso de los mecanismos administrativos ordinarios contra el acto administrativo que resolvió su solicitud de recusación, ya que en voces del artículo 74 de la Ley 1437 de 2.011, esa decisión era susceptible del recurso de reposición.

De esta manera, la acción de tutela no puede desplazar los recursos ordinarios y extraordinarios que están al alcance del actor, pues la vulneración de los derechos fundamentales invocada puede ser conjurada mediante los instrumentos procesales dispuestos para tal fin por la legislación. Lo anterior, de conformidad con la tesis unificada de la Corte, se hace necesario despachar desfavorablemente las solicitudes del actor. (Folio 26 – 28)

RESPUESTA OFICINA CONTRATACIÓN GOBERNACIÓN

Indica que el departamento del Magdalena el pasado 30 de marzo de 2020, inicio el proceso contractual numero LP 001-2020, cuyo objeto es “suministrar el complemento alimentario para los niños y niñas y adolescentes matriculados en las instituciones educativas oficiales, registrados, priorizados y focalizados en el SIMAT, conforme a los lineamientos tecnicos administrativos del PAE vigencia 2020”. Que para dicho proceso se presentaron dos proponentes, poor un lado la UNION TEMPORAL NUTRIMAGDALENA y EL CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA, cuyo

proceso se llevo a cabo bajo los parametros de la ley 80 de 1993. Que el accionante programada la audiencia de adjudicacion presento escrito de impedimento y recusacion contra el señor Gobernador Carlos Caicedo y contra la Jefe de la Oficina de Contratación de ese mismo despacho, razon por la cual la diligencia se suspendio.

Respecto al impedimento impetrado en su contra como jefe de la oficina de contratacion procedio a enviarlo al superior jerarquico como lo señala la ley, es decir, al Gobernador del Magdalena, mediante resolucio No 0266 de fecha 17 de junio de 2020, el gobernador rechaza de plano la recusacion, por infundada, notificandose a traves del portal de contratacion estatal SECOP 1.

Con relacion al impedimento y recusacion del Gobernador del Magdalena, al no contar con superior jerarquico se envio la solicitud a la procuraduria Regional del Magdalena, quien mediante auto de fecha 16 de junio de 2020, declaro infundada la recusacion publicandose en el portal web del portal de contratacion SECOP 1, sin embargo, el actor repuso dicha decision.

Por lo que resulta IMPROCEDENTE la accion constitucional por contar el actor con otro medio judicial idoneo como lo es la jurisdiccion contenciosa administrativa y en espera de que se resuelva un recurso de reposicion. (folio 34 – 36). Anexos (42 – 48)

RESPUESTA DE LA PROCURADURIA REGIONAL

Indica que en cuanto a la recusación se debe poner de presente, que la misma se da en el marco del proceso de licitación pública (LP-DM-001.2020 que adelanta la Gobernación del Magdalena para seleccionar el contratista que suministrará el Programa de Alimentación Escolar durante la vigencia de 2020, conforme a los lineamientos dictados por el Ministerio de Educación al respecto.

El día para el cual estaba programada la audiencia de adjudicación, esto es, el 28 de mayo de 2020, el representante legal de uno de los proponentes dentro del proceso contractual de marras, Consorcio por los niños del Magdalena presentó una recusación contra el Gobernador del Magdalena, doctor Carlos Eduardo Caicedo y la Jefe de la Oficina de Contratación, doctora Jenny Camacho Neuto, razón por la cual fue suspendida y se avisó que la misma sería reanudada una vez se surtieran los trámites que consagra la Ley 1437 de 2011, todo lo cual fue publicado en la plataforma SECOP.

Por lo anterior, el señor Gobernador del Magdalena dentro del plazo que señala la ley 1437 de 2011, remitió a esta dependencia el pasado 1 de junio de 2020, tanto el escrito de recusación con sus pruebas, como su respuesta a la formulación que se hizo por el mentado consorcio contra él, en ejercicio de la oportunidad que el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 le da para aceptarla o rechazarla.

En efecto, la Procuraduría Regional del Magdalenas luego de recibir el escrito de la recusación y de la respuesta emitida por el Gobernador del Magdalena frente a la misma (el 1 de junio de 2020), se actuó conforme lo señala el artículo 12 de la Ley 1437 de 2020, el cual prevé que cuando se trata de recusación “*el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación*” y una vez vencido dicho plazo se procederá conforme lo señala el inciso segundo de su mismo precepto, que impone decidir **DE PLANO** sobre la recusación o del impedimento “*dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo...*”, supuesto de hecho este, que se cumplió el 16 de junio de 2020, con la emisión del auto que declaró infundada la recusación.

En primer lugar, debe precisarse que no es cierto, como lo dice el actor, que la recusación estaba cimentada en una sola causal, la prevista por el numeral 8 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, dado que se adujo la incursión por parte del recusado en las causales 1, 4, 5, 8, 9, 10 y 16 del mentado precepto, advirtiendo desde aquí la falta de lealtad procesal de dicho extremo, al ocultarle señor Juez los reales términos en que se hizo la proposición de la recusación al recusado.

En segundo lugar, llama la atención del despacho que el accionante pretenda dilucidar a través de la recusación el supuesto "...*direccionamiento en favor de la UT NUTRIMAGDALENA...*" y la vulneración de los principios de buena fe, moralidad e imparcialidad, cuando el escenario para debatir la legalidad del trámite agotado dentro del proceso de licitación no es precisamente el de una recusación, pues la aplicación de dicha medida para garantizar los mentados principios, se hace a partir de la concurrencia de situaciones objetivas y subjetivas según las causales invocadas, la cuales como se indicó en el auto que la resolvió no fueron probadas.

En este caso, la puesta en conocimiento de la decisión tomada frente a la recusación propuesta se hizo en la misma fecha que fue proferida, esto fue, el 16 de junio de 2020, a mensaje remitido a los correos electrónicos suministrados tanto por el recusante, como por el recusado y con el mensaje se adjuntó el auto contentivo de la misma. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la situación que la emergencia sanitaria ha impuesto, es buscar medios expeditos y eficaces para lograr propósitos como el enterramiento de las decisiones a los interesados, siendo uno de los privilegiados, la utilización de medios electrónicos.

De manera que, no es admisible ahora que se pretenda argüir una supuesta violación al debido proceso, porque no se aplicó el procedimiento que señala el artículo 67 del CPACA para poner en conocimiento la decisión, cuando claramente fue efectiva, pues una vez conocida por la Gobernación del Magdalena se dispuso la reanudación del proceso contractual aludido y el representante del Consorcio por los niños del Magdalena interpuso recurso de reposición contra el auto que declaró infundado la recusación propuesta.

Por otra parte, en cuanto al segundo tópico que sustenta el defecto procedimental, el cual está referido a la no concesión de los recursos procedentes contra la decisión cuestionada, se advierte que igualmente debe ser desestimado, por cuanto carece de asidero jurídico, pues si bien es cierto que en el auto que decidió la recusación no se hizo mención a la procedencia de recursos contra esa decisión, también lo es que, dicha omisión no fue caprichosa, pues la misma obedece a que el trámite de la recusación en los términos regulados por el CPACA no contempla la oportunidad de interponerlos.

Sobre esta excepción vale la pena tener en cuenta que no es exclusiva del trámite de recusación establecido por el CPACA, sino que también fue reiterada en el Código General del Proceso, cuyo artículo 143 en su inciso final prevé que "*En el trámite de la recusación el recusado no es parte y las providencias que se dicten no son susceptibles de recurso alguno*".

Ahora, con relación a que se omitió resolver la recusación impetrada contra la jefe de la Oficina de Contratación de la Gobernación del Magdalena, no se trata de una omisión inconsulta como lo quiere mostrar el accionante, sino que obedece a la estricta observancia de las funciones que las Procuradurías Regionales tienen asignadas por medio del artículo 75 del Decreto 262 de 2000, cuyo numeral 15 dispone que tienen a su cargo "**15. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones dentro de su circunscripción territorial y**

carezcan de superior jerárquico, así como las recusaciones que contra ellos se formulen, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo”, que de acuerdo con el cambio legislativo, se debe concordar con lo previsto por el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, el cual reitera esas condiciones.

Así las cosas, es claro lo desacertado del argumento que se analiza, pues las previsiones legales antes mencionadas no habilitaban a esta Regional para asumir el conocimiento y por ende, la emisión de decisión de fondo alguna sobre la recusación planteada contra la Jefe de la Oficina de Contratación de la Gobernación del Magdalena, ya que esta funcionaria no tiene la condición que el supuesto fáctico descrito en el artículo 75 del Decreto 262 de 2000 prevé y bajo esa calidad su superior jerárquico es el Gobernador

de ese ente territorial.

Corolario de todo lo expuesto, dado que en el trámite agotado para resolver la recusación que se planteó contra el doctor Carlos Eduardo Caicedo Omar por el representante legal del Consorcio por los niños del Magdalena, se garantizó el debido proceso en los matices cuestionados por el accionante e igualmente, se observaron los principios que se estimaron desconocidos, solicita la negativa a las pretensiones formuladas por la parte accionante. (folio 51 - 54)

ELEMENTOS DE PRUEBA

Dentro del legajo, se encuentran como elementos probatorios relevantes, los siguientes:

1 Prueba Acta de conformacioñun.pdf	380.485	354.783	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	117EA...
10 Prueba Acta de reinicio.pdf	233.250	214.655	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	EBFFD...
2 Prueba Resolucioñun de apertura.pdf	837.553	702.127	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	09497E...
3 Prueba Acta de apertura de ofertas.pdf	924.609	872.415	Adobe Acroba...	17-06-20 0...	7BA93...
4 Prueba Solicitud declaratoria impedimento.pdf	2.612.122	2.305.550	Adobe Acroba...	16-06-20 0...	3F584B...
5 Prueba El PAE del Magdalena ÔÇÉhueleÔÇÏ.pdf	2.026.758	1.928.309	Adobe Acroba...	16-06-20 0...	E00D8...
6 Prueba Aviso de suspensioñun.pdf	221.743	197.514	Adobe Acroba...	17-06-20 0...	86DF6...
7 Prueba Memorial de complementacioñun.pdf	837.752	814.549	Adobe Acroba...	16-06-20 0...	CD388...
8 Prueba Constancias radicado memorial de complementacioñun.p...	168.452	159.420	Adobe Acroba...	18-06-20 1...	1A8AA...
9 Prueba Auto de fecha 19 de junio por medio la cual se resuelve l...	759.328	731.192	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	65F398...
CONSTANCIA 2 (1).pdf	86.703	82.046	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	C42B6F...
desktop.ini	142	91	Configuration ...	18-06-20 1...	62BDD...
foto porteriñua Procuraduriñua pdf.pdf	73.177	71.298	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	B400D...
foto porteriñua Procuraduriñua.pdf	73.089	71.305	Adobe Acroba...	18-06-20 0...	95731B...

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

COMPETENCIA

Es competente esta dependencia judicial, teniendo en cuenta las pautas trazadas en los autos 124, 198 de 2009 y 061 de 2011, emanados de la H. Corte Constitucional.

Del mismo modo y con relación a las reglas allí establecidas, excepcionalmente procede la falta de competencia en las acciones de tutela cuando se invocan las causas contenidas en el Art. 37 del decreto 2591 de 1991, es decir, factor territorial o

cuando el asunto involucra medios de comunicación. También es viable apartarse del conocimiento “*en los casos en los que se advierta una manipulación grosera de las reglas de reparto, como cuando se asigna el conocimiento de una demanda de tutela contra una Alta Corte, a un funcionario judicial diferente a sus miembros; o, necesariamente, siguiendo esa misma directriz, en los casos en que se reparta caprichosamente una acción de tutela contra una providencia judicial, a un despacho diferente del superior funcional del que dictó el proveído*” (Auto 198 de 2009).

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA

En el presente caso se involucra una autoridad pública la cual es acusada de vulnerar derechos fundamentales con su acción, por lo que se encuentra legitimada dentro del presente proceso.

PROCEDENCIA

El Constituyente de 1991 consagró en el Art. 86 de la Constitución el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales, procedente ante su violación o amenaza, cualificándolo como subsidiario y preferente.

por regla general, la acción de tutela es improcedente como recurso principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, cuando existan otros instrumentos jurídicos (ante la propia administración y judiciales) para su defensa; (ii) procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, (iii) únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo (art. 7º del Decreto 2591 de 1991) y ordenar que el mismo no se aplique (art. 8º ibidem) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a los supuestos facticos traídos en el escrito de tutela, compete a esta funcionaria judicial resolver si la PROCURADURIA REGIONAL DEL MAGDALENA, le está vulnerando el debido proceso al CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA, por declarar infundada su solicitud de recusación impetrada contra el GOBERNADOR DEL MAGDALENA dentro del proceso de licitación pública DM 001-2020, para seleccionar el contratista que suministrará el Programa de Alimentación Escolar durante la vigencia del año 2020.

PROCESO DE LICITACION PUBLICA Y ACCIONES QUE PROCEDEN RESPECTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE EMITEN EN SU DESARROLLO/DEMANDA DE ACTOS PRECONTRACTUALES sentencia T-442 de 2014

Armonizando dicha postura con las nuevas normas procesales, tanto los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son

demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho

SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia frente a actos administrativos precontractuales/**ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PRECONTRACTUALES**-Procedencia excepcional por ocasionar perjuicio irremediable

Si no se demuestra la configuración de un perjuicio irremediable, y considerando las acciones contenciosas que proceden y en virtud de las cuales se puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos no es factible incoar la acción de tutela como mecanismo apto para invocar la protección de derechos fundamentales.

Reiterados pronunciamientos han señalado que la tutela como mecanismo transitorio, procede cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver debe estar revestido de: **(i)** la gravedad **(ii)** la inminencia del perjuicio, **(iii)** la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y **(iv)** la urgencia de ellas. Además, que debe tener como finalidad la protección constitucional de un derecho ius fundamental

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

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 esta 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

Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones

En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el departamento del Magdalena el pasado 30 de marzo de 2020, inicio el proceso contractual numero LP 001-2020, cuyo objeto es “suministrar el complemento alimentario para los niños y niñas y adolescentes matriculados en las instituciones educativas oficiales, registrados, priorizados y focalizados en el SIMAT, conforme a los lineamientos tecnicos administrativos del PAE vigencia 2020”.

Para dicho proceso se presentaron dos proponentes, por un lado la UNION TEMPORAL NUTRIMAGDALENA y EL CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA, el accionante en la audiencia de adjudicacion presento escrito de impedimento y recusacion contra el Gobernador Carlos Caicedo y la jefe de la oficina de contratacion, razon por la cual la diligencia se suspendio.

El Gobernador del Magdalena mediante auto de fecha 17 de junio de 2020, resolvió la recusación impetrada a la Jefe de la oficina de contratación de la gobernación del Magdalena, declarando infundada la misma.

La recusación impetrada al Gobernador fue remitida a la Procuraduría Regional del Magdalena por carecer de superior jerárquico, tal como lo establece el CPACA, pronunciándose la encausada mediante auto de fecha 16 de junio de 2020, declarando infundada la recusación.

La Procuraduría Regional del Magdalena informa que luego de recibir el escrito de la recusación y de la respuesta emitida por el Gobernador del Magdalena frente a la misma (el 1 de junio de 2020), se actuó conforme lo señala el artículo 12 de la Ley 1437 de 2020, el cual prevé que cuando se trata de recusación “*el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación*” y una vez vencido dicho plazo se procederá conforme lo señala el inciso segundo de su mismo precepto, que impone decidir **DE PLANO** sobre la recusación o del impedimento “*dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de*

su recibo...”, supuesto de hecho este, que se cumplió el 16 de junio de 2020, con la emisión del auto que declaró infundada la recusación, habiendo impetrado el accionante recurso de reposición.

Informa la procuraduría que, la decisión tomada fue puesta en conocimiento en la misma fecha que fue proferida, esto fue, el 16 de junio de 2020, en mensaje remitido a los correos electrónicos suministrados tanto por el recusante, como por el recusado y con el mensaje se adjuntó el auto contentivo de la misma. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la situación que la emergencia sanitaria ha impuesto, es buscar medios expeditos y eficaces para lograr propósitos como el enterramiento de las decisiones a los interesados, siendo uno de los privilegiados, la utilización de medios electrónicos.

Ahora, no es de recibo que el actor aduzca violación al debido proceso, porque no se aplicó el procedimiento que señala el artículo 67 del CPACA para poner en conocimiento la decisión, cuando es de conocimiento público, que debido a la declaratoria de emergencia social y sanitaria decretada por el gobierno Nacional por el COVID 19, el medio más eficaz para notificar las actuaciones administrativas resulta el correo electrónico, aunado a que la OFICINA DE CONTRATACION a través del portal web de contratación SECOP 1, donde se publican las actuaciones del proceso contractual.

Por otra parte, en cuanto tópico que sustenta el defecto procedimental, el cual está referido a la no concesión de los recursos procedentes contra la decisión cuestionada, se advierte que debe ser desestimado, por cuanto carece de asidero jurídico, pues si bien es cierto que en el auto que decidió la recusación no se hizo mención a la procedencia de recursos contra esa decisión, también lo es que la misma obedece a que el trámite de la recusación en los términos regulados por el CPACA no contempla la oportunidad de interponerlos.

Sobre esta excepción vale la pena tener en cuenta que no es exclusiva del trámite de recusación establecido por el CPACA, sino que también fue reiterada en el Código General del Proceso, cuyo artículo 143 en su inciso final prevé que *“En el trámite de la recusación el recusado no es parte y las providencias que se dicten no son susceptibles de recurso alguno”*.

Ahora, con relación a que se omitió resolver la recusación impetrada contra la jefe de la Oficina de Contratación de la Gobernación del Magdalena, no se trata de una omisión, sino que obedece a la estricta observancia de las funciones que las Procuradurías Regionales tienen asignadas por medio del artículo 75 del Decreto 262 de 2000, cuyo numeral 15 dispone que tienen a su cargo **“15. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones dentro de su circunscripción territorial y carezcan de superior jerárquico, así como las recusaciones que contra ellos se formulen, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo”**, que de acuerdo con el cambio legislativo, se debe concordar con lo previsto por el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, el cual reitera esas condiciones.

Al decidirse la Recusación mediante el auto de fecha 16 de junio de 2020, por parte de la procuraduría Regional al ser notificada el Gobernador, estaba en competencia para proseguir con la etapa de adjudicación.

Ahora, respecto a lo alegado por la jefa de oficina de contratación de que el actor impetrio recurso de reposición y aun no se decide, el mismo es improcedente por cuanto contra el trámite incidental que resuelve una recusación no procede recurso alguno, por ser un acto de simple trámite.

Dado que, el Código General del Proceso, en el artículo 143, inciso final prevé que “*En el trámite de la recusación el recusado no es parte y las providencias que se dicten no son susceptibles de recurso alguno*”.

(...)“Reiteradamente¹, la Corte Constitucional ha sostenido que las controversias contractuales administrativas son ajenas a la competencia de los jueces de tutela, pues esta acción es regida por la regla de residualidad, de cuya aplicación se exceptúan dos situaciones, a saber: la configuración de un inminente perjuicio irremediable de orden iusfundamental y la existencia de un medio defensa judicial que carezca de idoneidad.

Respecto a la configuración de un inminente perjuicio irremediable, la corte ha estimado que deben concurrir unas especiales condiciones que hacen procedente el amparo, como son: i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental, ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo, iii) que su ocurrencia sea inminente, iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra, y v) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Se recuerda también que una de sus características es que debe versar sobre un derecho fundamental, lo cual se relaciona con el requisito de gravedad exigido por la jurisprudencia.

De la jurisprudencia constitucional, se pueden extraer las siguientes reglas. El otro mecanismo de defensa es idóneo y eficaz cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compatibilicen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.¹

Así las cosas, RECAPITULANDO, encuentra el despacho que al actor no se le han vulnerado su derecho al debido proceso por parte de la PROCURADURIA REGIONAL DEL MAGDALENA, quien actuó dentro de los parámetros otorgados por el CPACA y el código general del proceso para desatar una recusación que decreto infundada, de otro lado, se informa al actor que, frente a las inconformidades que se presenten durante la adjudicación pretendida, podrá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, resultando la acción de tutela IMPROCEDENTE. De otro lado, no

¹ SU-772-2014

aparece demostrada la configuración de un perjuicio irremediable, para reconocer la tutela de manera transitoria.

Reiterados pronunciamientos han señalado que la tutela como mecanismo transitorio, procede cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver debe estar revestido de: **(i)** la gravedad (ii) la inminencia del perjuicio, (iii) la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y (iv) la urgencia de ellas. Además, que debe tener como finalidad la protección constitucional de un derecho ius fundamental

Corolario de todo lo expuesto, se concluye que en el trámite agotado para resolver la recusación que se planteó contra el doctor Carlos Eduardo Caicedo Omar por el representante legal del Consorcio por los niños del Magdalena, se garantizó el debido proceso e igualmente, se observaron los principios cuyo resguardo se solicita por lo que se niegan las pretensiones formuladas por la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por IMPROCEDENTE la acción de tutela impetrada por el señor **ALFREDO JOSÉ HERNÁNDEZ DEL RIO**, actuando como representante legal del **CONSORCIO POR LOS NIÑOS DEL MAGDALENA**, contra la **PROCURADURÍA REGIONAL DEL MAGDALENA**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído dado que la Procuraduría Regional del Magdalena, actuó de manera imparcial y bajo parámetros otorgados por el CPACA y el código general del proceso al declarar infundada el 16 de junio de 2020, la recusación formulada en la Licitación Pública DM 001-2020.

SEGUNDO: Informar al actor que frente a las inconformidades que se presenten durante la adjudicación pretendida, podrá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Igualmente se informa a los interesados, que, ante cualquier maniobra dilatoria, podrán formular directamente queja ante los entes de control y disciplinarios correspondientes.

TERCERO: La presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, en caso de no impetrarse impugnación, una vez ejecutoriada la sentencia, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, luego de que se levanten las medidas de suspensión de los términos judiciales por la emergencia social y sanitaria decretada por el COVID 19.

CUARTO: NOTIFICAR a través del medio más idóneo que en este caso es el correo electrónico debido a la pandemia del Covid19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALDENIS GÓMEZ ROBLES
JUEZA