

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

EL SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2.007, la Ley 1437 de 2.011, la ley 1474 de 2.011 y el Decreto 1082 de 2.015, así como la delegación del Decreto 000532 de 2.017, se dispone a resolver la recusación interpuesta por el abogado Francisco Javier Fajardo Angarita de acuerdo con los siguientes:

CONSIDERANDO

Que el Departamento del Atlántico, Secretaría de Educación Departamental, en cumplimiento a lo establecido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2.007 y el Decreto 1082 de 2.015, realizó el proceso de Licitación Pública No. LP-SED-001-2019 cuyo objeto era “CONTRATAR EL SUMINISTRO DE UN COMPLEMENTO ALIMENTARIO PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MATRICULADOS EN JORNADA REGULAR Y ÚNICA EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DE LOS VEINTE (20) MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS EN EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO ACORDE A LOS LINEAMIENTOS TÉCNICO ADMINISTRATIVOS Y ESTÁNDARES DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR –PAE-”.

Que mediante aviso de convocatoria pública, fechado el veintisiete (27) de Marzo de 2.019 a las 4:39 PM, como consta en el Portal del Sistema de Contratación Pública SECOP I, la Secretaría de Educación Departamental dio inicio al proceso de licitación pública aludido en el considerando anterior.

Que con la expedición de la Resolución No. 0653 de 30 de Abril de 2.019, se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SED-001-2019.

Que dentro del proceso de licitación LP-SED-001-2019 la entidad publicó el día veintiocho (28) de mayo de 2.019 informe de evaluación, mediante el cual el comité evaluador designado dentro del proceso de la referencia determinó el cumplimiento o no de los requisitos técnicos y habilitantes por parte de los participantes en el proceso en calidad de proponentes. Este informe estuvo disponible para los proponentes durante cinco (5) días hábiles, para que dentro de este término, los proponentes manifestarán las observaciones que considerarán del caso.

Que el día 14 de Junio de 2.019 se celebró audiencia de adjudicación de la licitación pública SED-001-2019, y que luego de la respuestas a las observaciones presentadas por los proponentes, el comité evaluador consideró que ninguno de los proponentes de la Zona 1 cumplía los requisitos de verificación del proceso, por lo cual dicho comité recomendó declarar desierto el proceso licitatorio en la Zona 1, y adjudicar las Zonas 2 y 3; y mediante Resolución 1020 de Catorce (14) de Junio de 2.019, el Secretario de Educación Departamental atendiendo la recomendación del comité resolvió declarar desierto el proceso de Licitación Pública No. SED-001-2019 en la zona 1, y adjudicar las zonas 2 y 3 de acuerdo a lo antes anotado.

Que dentro de la oportunidad legalmente consagrada, mediante escrito radicado en las oficinas de la Secretaría de Educación Departamental el día dos (2) de Julio de 2019, con consecutivo No. ATL2019ER014345, el Dr. Francisco Fajardo Angarita, abogado titulado en ejercicio actuando como apoderado de la UT Atlántico Primero 2019, interpuso dentro del recurso de reposición contra la Resolución 1020 de 14 de Junio de 2.019, acto administrativo que declaró desierta la licitación pública SED-001-2019 para la Zona 1 del Departamento del Atlántico.

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO

En un extenso escrito, de 66 páginas, el Dr. Francisco Fajardo Angarita, actuando como apoderado de la UT Atlántico Primero 2019, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No.1024 de Junio de 2.019, por medio de la cual se declara desierta en la Zona 1 la licitación pública SED-001-2019, cuyo objeto era “CONTRATAR EL SUMINISTRO DE UN COMPLEMENTO ALIMENTARIO PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MATRICULADOS EN JORNADA REGULAR Y UNICA EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DE LOS VEINTE (20) MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS EN EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO ACORDE A LOS LINEAMIENTOS TECNICO ADMINISTRATIVOS Y ESTANDARES DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR –PAE-“.

Los argumentos expuestos por el solicitante, Dr. FRANCISCO FAJARDO ANGARITA, en el texto pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1-. En un primer título denominado por el recurrente “FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES”, el Dr. Fajardo Angarita, hace una relación de los hechos del proceso licitatorio desde su inicio, centrándose en la evaluación de los proponentes que ofertaron en la Zona 1 (folio 3), en varias de las observaciones presentadas al informe de evaluación, entre ellas las radicadas por la UT Atlántico Primero 2019, la Veeduría Ciudadana Para la Atención Social y Comunitaria Nacional y la Intervención Veedora Nacional –INTERVEEN.

2-. En el mismo título a folio 5 del documento, el Dr. Fajardo Angarita, anota que durante la audiencia de adjudicación la Gobernación del Atlántico, acogió “una sola” de las observaciones presentadas por la UT por él representada, y que con base en ello “rechazó la propuesta presentada por el proponente FUNBASOL”. En el mismo folio, manifiesta que “durante el tránsito de la audiencia, uno de los asesores del comité de evaluación insinúa que la observación emitida por la Procuraduría General de la Nación a través de su delegada, prodiga virtualidad de concepto jurídico, y manifiesta que este es vinculante. En todo caso, la entidad acoge los asertos del ente de control, descarta de plano los argumentos que en contradicción se presentaron a favor de mi prohijada, y decide rechazar su oferta”. Igualmente manifiesta que en esencia se sustenta que las Fundaciones se asimilan a las sociedades de personas, y se hace una extensión analógica de la inhabilidad deprecada por la Procuraduría, lo que para la entidad configura la inhabilidad del literal i del artículo 8 de la ley 80 de 1993 y también la inhabilidad del artículo 90 de la ley 1474 de 2011 (Artículo 43 de la Ley 1955 de 2.019).

3-. A folio 6 consigna un segundo título llamado “FUNDAMENTOS DE DERECHO”, en el que el recurrente afirma que expondrá las razones “por las cuales el Departamento no podía rechazar la propuesta presentada por la UT Atlántico Primero 2019”. Continúa su argumentación el Dr. Fajardo Angarita alegando que la decisión de la administración adolece de una serie de defectos, defecto sustantivo por “grave error en la interpretación de la norma en torno a la inhabilidad consagrada en el literal i artículo 8 de la ley 80 de 1.993 y del artículo 90 de la ley 1474 de 2.011”; defecto fáctico “consistente en el desconocimiento del precedente judicial establecido en la materia de interpretación de causales de inhabilidad” y que “la decisión se soporta en una observación emitida por una delegada de la Procuraduría General de la Nación, la cual no tiene categoría, ni de concepto, ni de medio de convencimiento; esto por cuanto no va dirigida la observación al Departamento del Atlántico, y las observaciones de la Procuraduría en sede de función preventiva, no prodigan la naturaleza de conceptos jurídicos, mucho menos de pruebas”.

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

Considera también el recurrente que hubo violación directa de la Constitución, y sin citar ningún artículo sobre el que recaiga tal violación, enuncia los principios del debido proceso y “del principio y regla del derecho de defensa”. Arguye que la entidad cambió en el transcurso de la audiencia la condición de habilitación de la UT que representa, de habilitada a no habilitada, y “que acto seguido, sin mediar el plazo contenido en la ley (5 días hábiles), en la misma audiencia surte declaratoria de desierto, sin que su representada pudiera hacer uso a su derecho de observar la decisión de rechazo”.

Anota subsiguientemente, un listado de “vicios invalidantes” del acto administrativo por medio del cual se declara desierto el proceso licitatorio en la zona 1, y en este subtítulo al que llama “Causales de Nulidad de la Decisión del Departamento” entre otros relaciona: vicios por transgresión a la Constitución Nacional, vicio por violación a los principios generales del derecho, vicio por violación a los principios de la función administrativa, vicio por violación a los principios de la contratación estatal, vicio por ilegalidad formal, vicio por violación al principio de buena fe y la equidad, vicio por violación al principio de transparencia, vicio por falta de motivación del acto, vicio por inexistencia de motivos, vicio por aplicación indebida de la ley, entre otros tantos más que cita el Dr. Fajardo Angarita.

4-. En otro aparte, que se titula “Sobre las Irregularidades en Desarrollo de la Audiencia de Adjudicación”, el Dr. Fajardo considera que es *“altamente sospechoso el modo como se surtió la audiencia de adjudicación, sin presencia del ordenador del gasto, ni del comité asesor de contratación (en pleno)”*. Afirma que de por si, esta causa es suficiente para viciar la decisión tomada por la entidad. Cita el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y concluye que el secretario de educación departamental debía estar presente durante la audiencia, y el debía dirigirla y presidirla. Prosigue, diciendo que de acuerdo a la normatividad vigente, los comités de evaluación solo tienen una naturaleza *“de evaluación y asesoría”*, funciones que según él fueron *“desdibujadas dentro del presente proceso”* (folio 8).

5-. A folios 8 a 17, el recurrente con *“el ánimo de aclarar el yerro al que llevó el pronunciamiento del Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal”*, transcribe una serie de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia (Salas laboral y civil), del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Con estas sentencias el recurrente manifiesta que se concluye que la causal de inhabilidad invocada no se ha presentado, y manifiesta que no es posible extender las cuestiones societarias a una entidad sin ánimo de lucro, pues esta no prodiga un carácter mercantil. En su documento asevera el Dr. Fajardo que *“el yerro fundamental en el que incurre el Ministerio Público y posteriormente la administración, es asimilar a las Fundaciones con sociedades de personas. Más allá de lo que resulta obvio, la primera es una entidad del orden civil y las segundas de orden mercantil, dentro de la clasificación dada, las Fundaciones no son asociaciones de personas, sino “predestinación de bienes a fines sociales” con personalidad jurídica; las personas que las conforman son secundarias en contraste con otras figuras asociativas (SIC).*

6-. A folio 18 y subsiguientes, el Dr. Fajardo Angarita, continua desglosando las diferencias existentes entre las sociedades comerciales y las fundaciones, apoyándose para ellos en diferentes consideraciones jurídicas; hace referencia a artículos de la Constitución Nacional (Arts. 38 y 39), del Código Civil y a partir de ello establece diferencias con el régimen jurídico de las sociedades comerciales. También transcribe varios conceptos de la Supersociedades para proseguir con su argumentación, por ejemplo, el concepto 220-35173 de 2.004, en el que destaca que las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) están por fuera del ámbito de control de la Supersociedades; y cita además el concepto 220-171677 de 2018, donde la Supersociedades circunscribe

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

el marco jurídico de las entidades sin ánimo de lucro a los postulados del código civil, y define las Fundaciones como *“una reunión de individuos que tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral”* (folio 23). Concluye este aparte el recurrente diciendo que *“en síntesis, es clara la postura sentada por las Supersociedades. Existe una distinción entre la ESAL y las sociedades comerciales, pues para el primer grupo el ordenamiento nos remite al código civil y frente al segundo al código de comercio, siendo esta una norma de carácter especial, la cual tiene una aplicación de forma preferente a todos y cada uno de los fenómenos de carácter mercantil”*.

7-. Cita un concepto de Colombia Compra Eficiente relativo al tema de la inhabilidad para contratar derivada del incumplimiento reiterado (folios 24-26), a continuación transcribe el artículo 90 de la ley 1955 de 2019, y hace una serie de aseveraciones resultado de su análisis dentro de las que manifiesta *“que no existe una sola prueba pertinente y conducente que demuestre el advenimiento de una sanción por caducidad en contra de alguno de los integrantes de FUNDAHINCO, y de haberse esta surtido, que hogaño, tenga efectos oponibles a la ESAL. Los actos de registro, no dan cuenta de la ocurrencia de una caducidad, ni de incumplimientos reiterados”*. Concluye este aparte de su escrito con unos supuestos de hecho, que a su juicio, servirían para demostrar la no existencia de una causal de inhabilidad que afecté a la UT a la que representa el Dr. Fajardo.

8-. Después de citar otra vez algunos fallos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, relativas a la taxatividad de las nulidades e inhabilidades, manifiesta que *“las causales se configuran una vez que los supuestos de hecho encajen exactamente sobre lo descrito en la norma. Se encuentra proscrita toda suerte de analogía o interpretación extensiva”* (folio 31), cita entonces algunos conceptos de la Procuraduría sobre este asunto (folios 31-33). Cierra esta parte de su escrito de reposición a folio 34, aseverando que no aplica entonces la inhabilidad sobre su representada, y que *“tampoco puede extenderse la caducidad al proponente UT Atlántico Primero, debido a que la causal de inhabilidad prodigada es de carácter excluyente y de interpretación taxativa...entienda entonces la administración que por encontrarnos frente a una persona jurídica de carácter civil (ESAL), la causal es improcedente, pues los sujetos sobre quien se esta predicando la misma no encuadran en la descripción normativa referida a lo largo de este escrito, razón suficiente para entender que no existe causal de rechazo alguna”*.

9-. Continúa luego la redacción del recurso con un subtítulo denominado *“Concepto Expedido por el Doctor Juan Carlos Expósito Vélez”*, en este punto el apoderado transcribe apartes del concepto aportado durante la diligencia de audiencia pública de adjudicación, y al que ya se hizo referencia en el acta de dicha audiencia pública (folios 34-40). Con base en este concepto, expresa que *“teniendo en cuenta los documentos allegados al proceso, solicito a la entidad departamental revoque la resolución No. 01020 de 14 de junio de 2019, y proceda a adjudicar a la Unión Temporal Atlántico Primero 2019”* (folio 41).

10-. Sostiene que hubo principios de la contratación estatal que fueron desconocidos por la administración departamental, dice entonces que *“la contratación estatal debe regirse por sus propios principios axiológicos, siendo el deber de selección objetiva el mas importante de este proceso, lo cual lo hace de ineludible el acatamiento, pues no se refiere únicamente a la transparencia, sino a la preeminencia del interés público sobre el particular”*. Y a renglón seguido, afirma que en observancia a dicho principio de selección objetiva la entidad debe adjudicar a la oferta más favorable, debido al carácter reglado de la adjudicación, sin dejar de lado criterios objetivos de comparación y

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

evaluación, todo ello desde una lógica razonable ajustada con los principios de la contratación, pues *“las entidades no pueden actuar de mala fe apartándose de la normatividad reguladora del proceso contractual, en tal sentido, la entidad no puede desdibujar el sentido normativo y realizar interpretaciones extensivas a las normas que regulan las inhabilidades para contratar con el Estado, pues vulnera tanto principios, como derechos de los proponentes, afectando de forma indirecta a la misma entidad contratante, ya que más adelante ello degenera en problemas judiciales que implican altas sanciones pecuniarias, y peor perjudicar directamente a la población beneficiaria de la presente licitación que gozan de protección constitucional, resulta no solo desbordante sino preocupante”*.

11-. Cuestiona la motivación de la Resolución 01020 emitida por la administración departamental (folios 45 a 50), apoyándose de nuevo en la diferenciación entre las sociedades de capital y de personas, citando apartes de la respuesta de la entidad durante la audiencia de adjudicación, exponiendo el Dr. Fajardo que *“las justificaciones asumidas por el Departamento del Atlántico, no se encuentran respaldadas en una disposición legal, como tampoco en una jurisprudencial, de forma contradictoria se desechó conceptos jurídicos que hacen parte de una fuente doctrinal, para basarse en forma exclusiva en la observación emitida por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, observación que como ya se dijo no es vinculante, ni asimilable a un concepto conforme al marco de competencias del ente de control”*. Afirma que al desestimar un concepto del Consejo de Estado se incurrió en el delito de prevaricato por acción, y que se analiza la posibilidad de iniciar acciones penales en contra de los funcionarios y contratistas por esta razón (folio 47). Continúa a folios 50 a 57, criticando el concepto emitido por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, tema este al que ya varias veces había hecho referencia el Dr. Fajardo en su escrito, y manifestando que el funcionario del ministerio público se extralimitó en sus funciones, que incurrió en yerros esenciales y que en conclusión *“el concepto ilegal presentado por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, no tiene un sustento jurídico ni fáctico válido que lo soporte”* (folio 57).

12-. Finaliza el largo escrito del Dr. Fajardo, con la relación de sus conclusiones (folios 58 a 60), una solicitud de interpretación Pro Homine y sus peticiones, las cuales incluyen revocar en todas sus partes la Resolución No. 01020 de junio de 2019, revocar la decisión de rechazo de la propuesta de la UT Atlántico Primero 2019 y habilitarla en todas sus partes, se adjudique en una nueva audiencia pública el proceso de licitación a la UT Atlántico Primero 2019 y otras peticiones en interés particular en las que solicita copia de una serie de documentos que relaciona a folio 62.

CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

Se procede ahora a expresar las consideraciones de la Secretaría de Educación Departamental sobre el recurso de reposición interpuesto y los argumentos esgrimidos por el recurrente, de esta manera se dará respuesta a cada una de las aseveraciones hechas por el Dr. Francisco Fajardo Angarita en su recurso de reposición:

1-. SOBRE LAS PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN.

Afirma el apoderado que la audiencia de adjudicación del proceso de la referencia se surtió sin presencia del ordenador del gasto y que este *“solo se hizo presente hasta el final, para la suscripción del acta”* señala que lo anterior vicia de nulidad dicha actuación

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

administrativa.

Respecto a lo anterior, es absolutamente falso lo que irresponsablemente afirma el apoderado en su escrito, como bien debe saber este, en el marco de la audiencia (de la cual asevera contar con los audios de prueba) se les manifestó a los proponentes y participantes que de conformidad con el orden del día se haría primero la verificación de asistencia, en segundo lugar se daría lectura a las respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación y se hizo claridad que el Secretario de Educación tenía conocimiento de las mismas, por lo que se le preguntó a las asistentes a la audiencia si deseaban que se hiciera presente durante este punto del orden del día, a lo cual de manera unánime los asistentes manifestaron su conformidad con que se continuara con este punto sin la presencia del Secretario y que se incorporara a la audiencia en el siguiente punto del orden del día. Es menester aclarar que el recurrente fue uno de los que manifestó su conformidad con dicha decisión por lo que resulta llamativo que sea este mismo quien cuestione dicha decisión que se tomó con su consentimiento. De igual manera, respecto a la intervención de las partes, durante el término de suspensión de la audiencia hecho con el objeto de responder a las mismas (Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.1.2.1.1.2.), el Secretario fue puesto en conocimiento de lo expresado por los intervinientes y participó en el estudio y elaboración de la respuesta a las mismas.

Aunado a lo anterior, es falso lo aseverado por el observante en el sentido de que el Secretario de Educación solo se hizo presente hasta el final, pues como es de pleno conocimiento de este, participó en la audiencia una vez se dio lectura a las respuestas a las observaciones y a las respuestas a las intervenciones de los asistentes.

Finalmente, respecto a las reglas para la realización de la audiencia de adjudicación encontramos que el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece:

“La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido. (...)”

Por su parte, el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 establece:

“ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación”

Las normas citadas establecen la regulación para la realización de la audiencia de adjudicación, las cuales fueron respetadas por la entidad, pues fue el ordenador del gasto quien a partir de la respuesta a las observaciones e intervenciones de los

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

proponentes e interesados y la lectura del informe de evaluación decidió acogerse a la recomendación hecha por el Comité evaluador y en tal sentido expedir la Resolución 1020 del 14 de junio de 2019 notificada a los proponentes durante el trámite de la audiencia.

2.- SOBRE EL RECHAZO DE LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA UNIÓN TEMPORAL ATLÁNTICO PRIMERO 2019

A largo de su escrito, el recurrente, afirma que la Gobernación del Atlántico incurrió en una serie de yerros, “vicios invalidantes” y malas interpretaciones de normas constitucionales, legales y de los principios de la contratación estatal, corresponde entonces a la administración explicar detalladamente las razones que justificaron su decisión de rechazar la oferta de la UT Atlántico Primero, que tienen su fundamento en los hechos acaecidos durante el proceso de licitación pública No. SED-001 de 2019.

La primera cuestión que llama poderosamente la atención en este caso, es que aún siendo de creación muy reciente la Fundación Ahínco por Colombia, que tiene el 49% de participación en la UT Atlántico Primero 2019, tiene una amplísima experiencia como se puede constatar de la información contenida en el Registro Único de Proponentes, por ello durante la fase de requisitos habilitantes se requirió información adicional que pudiera servir a la administración departamental para poder evaluar la capacidad jurídica del proponente. Sin embargo, los representantes de la UT Atlántico Primero 2019, de forma muy favorable a sus intereses, pero muy desleal para con la administración departamental y con los otros proponentes de este proceso licitatorio, entregaron la información solicitada cuidándose muy bien de solo mencionar aspectos positivos relacionados con la constitución de la Fundación Ahínco Por Colombia, lo que determinó que el comité evaluador le diera una calificación de hábil. Sin embargo, al profundizar un poco en las fundaciones constituyentes que dieron origen a la Fundación Ahínco por Colombia, se evidenciaron numerosas circunstancias que prendieron las alertas de la administración departamental, demostrando que las particularidades en cuanto a la constitución de esta fundación debían ser objeto de un cuidadoso análisis por parte de la Gobernación del Atlántico.

En efecto, se encontró que la Fundación Ahínco por Colombia fue constituida por cuatro personas jurídicas diferentes, todas del tipo sin ánimo de lucro: la Fundación Para el Desarrollo y la Solidaridad – FUNDESOL- NIT 806006013 – 7; la Fundación Multiactiva Emprendiendo con NIT 806006079 – 2; la Fundación Social con Futuro NIT 823004907 – 9; y la Corporación Social para el Desarrollo Integral –CORDIN con NIT 806.007.273-1. El común denominador en las 3 fundaciones que componen a Fundahinco son sus problemas con la ejecución de contratos con entidades públicas, lo que les ha originado una serie de sanciones, multas, e incumplimientos en diversas zonas del país. Tal y como quedó plasmado en el documento del acta de la audiencia pública de adjudicación realizada el día catorce (14) de junio de 2019, estas irregularidades, multas e incumplimientos no solo fueron conocidos por la Gobernación del Atlántico, sino que fueron también manifestados por diferentes veedurías ciudadanas que se hicieron presentes en el proceso a través de observaciones, y por la misma Procuraduría General de la Nación, a través de su oficina delegada para la contratación estatal. En el acta de la diligencia en cuestión la entidad consignó lo siguiente:

“...No se evidencia en los documentos allegados al proceso el acta de constitución de la Fundación Ahinco por Colombia, que pese a ser de creación muy reciente, cuenta con una vasta experiencia en el RUP, la cual es transferida por sus socios, dando aplicación a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. Esta experiencia le permitió en parte al

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

proponente UT Atlántico Primero 2019 contar con los requisitos para participar en el presente proceso de selección.

En virtud de las observaciones presentadas la entidad revisó los socios que componen esta sociedad y se verificó que la experiencia aportada por sus socios es transferida por dos fundaciones que han sido cuestionadas y denunciadas por su proceder en distintas partes del país.

En primer lugar se evidenció que dos de las fundaciones que hacen parte constitutiva de la Fundación Ahínco Por Colombia, y que le trasladan experiencia, situación que consta claramente en el Registro Único de Proponentes –RUP-, como lo son la Fundación Para el Desarrollo y la Solidaridad –FUNDESOL- y la Fundación Multiactiva Emprendiendo, fueron sancionadas (al igual que sus representantes legales) por la Superintendencia de Industria y Comercio por colusión en un proceso de contratación que tenía por objeto el desarrollo de un programa de alimentación al adulto mayor en la ciudad de Cartagena, al infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se refiere a acuerdos que tienen por objeto la colusión en los procesos licitatorios.

Las sanciones fueron impuestas mediante las Resoluciones 39758 de 2.017, 42653 de 2.018 (está última decidió recurso de reposición y confirmó la decisión de condenar y sancionar a las fundaciones). En la parte considerativa de estas resoluciones, la SIC explica como “tanto FUNDESOL como EMPRENDIENDO a través de José Olivo Ortega, obtuvieron mediante forma coordinada documentos necesarios para presentar sus propuestas en el proceso de selección investigado”. En la misma parte considerativa, la SIC, aporta testimonios y declaraciones de personas que manifiestan que sus firmas, documentos y certificaciones habían sido falsificadas y no corresponden a la realidad, como se puede leer a folio No. 12 de la Resolución 42653 de 2.018.

Este despacho, hechas las verificaciones del caso, encontró que las sanciones impuestas fueron las siguientes: para FUNDESOL multa del orden de los NOVECIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (\$922.146.250,00) y para la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO la multa fue del orden de los MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 1.586.091.550,00). Además, no se tiene constancia de que dichas multas hayan sido pagadas por los sancionados, es decir, que se encuentran en mora, y por tanto son morosos frente al Estado colombiano.

Así mismo, se encontró que la Fundación Multiactiva Emprendiendo le fue declarado el incumplimiento en relación con dos contratos de aporte, suscritos con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, a través de las Resoluciones No. 2964 del 27 de diciembre de 2016, confirmada por la 85 del 07 de febrero de 2017; y la Resolución 2966 del 27 de diciembre de 2016, confirmada mediante la No. 86 del 7 de febrero de 2017.

Continuando con la revisión se evidenció que otra de las entidades que aparece como constitutiva de la Fundación Ahinco por Colombia, la Fundación Social con Futuro, identificada con el NIT 823.004.907-9, que también le traslada experiencia a FUNDAHINCO según la información consignada en el RUP; tiene una multa interpuesta por el municipio de Buga mediante acto administrativo No DAM-1100-217-2018, y dos sanciones en firme, una de estas consistente en una caducidad decretada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- de

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

un contrato de aporte suscrito el 26 de marzo de 2016, sanción impuesta mediante la Resolución No. 4165 del 12 de septiembre de 2016, confirmada por la 4078 de 2016, sanción que se encuentra en firme, información que puede ser verificada en el Registro Único Empresarial RUES.

La declaratoria de caducidad implica una inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado colombiano conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por lo cual la sanción, ejecutoriada el 16 de septiembre de 2016 se extiende hasta el año 2021, lo que indica que la Fundación Social con Futuro, no puede contratar por si o por interpuesta persona con entidades públicas.”

Resulta entonces que de las 4 fundaciones que se unieron para dar vida jurídica a Fundahinco, dos de ellas están inhabilitadas para contratar con el Estado; una la Fundación Multiactiva Emprendiendo en virtud a sendos incumplimientos que le fueron decretados en contratos de aporte con el ICBF, que fueron confirmados luego de interponer los recursos de ley y que a la fecha se encuentran en firme; y la otra la Fundación Social con Futuro, en virtud a una declaratoria de caducidad que también le fue decretada por el ICBF, y que también se encuentra en firme. Además, la tercera de las fundaciones constituyentes de Fundahinco, Fundesol, fue sancionada y multada por la Superintendencia de Industria y Comercio, por colusión dentro de un proceso de contratación pública, en el que se verificó que hubo documentos falsificados y adulterados, lo que condujo a las sanciones que se hicieron extensivas a su representante legal para la época, sanciones que no han sido pagadas y que convierten a Fundesol en un moroso del Estado colombiano.

Ninguna de estas aseveraciones fue desmentida o refutada por el Dr. Fajardo Angarita en su recurso, pues todas responden a situaciones reales, debidamente documentadas frente a las cuales no existe ningún atisbo de duda para la administración departamental. Y si ello ya es de por si preocupante, más delicado es el hecho de que todos estos contratos, con irregularidades comprobadas de las fundaciones que constituyen a la Fundación Ahinco Por Colombia, son contratos con objetos similares a los de este proceso licitatorio, es decir, se refieren a contratos sobre planes o programas de alimentación para niños, niñas y adolescentes, o a personas de la tercera edad. Esto constituye para la entidad un agravante, pues son personas vulnerables cuyos derechos cuentan con protección especial del Estado. Esto ha sido expresado en forma puntual por la Corte Constitucional:

“...en todos los casos relacionados con la protección de los derechos de los menores de edad, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor, razón por la cual la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva a través del principio del interés superior de los niños. Por lo anterior, debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional por ser una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos. De esta manera, su condición de sujetos de especial protección implica que, en todos aquellos casos relacionados con el amparo de los derechos de los niños, más aún cuando sean fundamentales, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor”.¹

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

Ahora bien, el recurrente fundamenta la mayor parte de su recurso en lo que considera una interpretación errónea de las normas sobre inhabilidades para contratar con el Estado, específicamente de la consagrada en el literal i artículo 8 de la ley 80 de 1.993 y del artículo 90 de la ley 1474 de 2.011, pues en su opinión, y en las opiniones de los conceptos jurídicos que solicita se tomen como pruebas, la interpretación al respecto debe hacerse con carácter restrictivo, por lo que no le es dable a la administración trasladar inhabilidades aplicables a las sociedades a una entidad sin ánimo de lucro como es la Fundación Ahínco Por Colombia. La posición asumida por el Dr. Fajardo, no es compartida por la Gobernación del Atlántico, pues este caso contiene una serie de singularidades que no pueden dejarse de lado, al momento de abordar su estudio con miras a una decisión. Es cierto que por su naturaleza el régimen jurídico aplicable a las entidades sin ánimo de lucro es el derecho civil, contenido en los artículos 633 y subsiguientes del código civil, sin embargo, estas normas son muy antiguas y no responden a fenómenos recientes de la realidad social, como lo es la proliferación de fundaciones que se han convertido en proponentes y contratistas en diferentes modalidades de la contratación estatal. Ahora bien, cuál es el criterio que debe adoptar la Administración fundaciones que como en el caso que nos ocupa, están integradas por otras personas jurídicas sobre las cuales pende una sanción de inhabilidad para contratar con el Estado, es un supuesto de hecho bastante similar al contenido en la norma del literal i, artículo 8 de la ley 80 de 1993. Y si se revisan las normas sobre contratación estatal, no hay alguna norma que resulta aplicable a este caso en concreto, por lo que la entidad considera aplicable lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 153 de 1887 establece que *“cuando no haya ley aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”*.

La conformación de la Fundación Ahínco por Colombia, se dio con la finalidad de participar en procesos de contratación estatal en los cuales nunca habría podido participar de no mediar el traslado de la experiencia que las fundaciones constituyentes le heredaron, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. Frente a lo anterior, resulta discutible la situación jurídica de las fundaciones constituyentes de Fundahinco, la cual fue ocultada intencionalmente a efectos de poder participar en varios procesos de licitación pública en diferentes entes territoriales. Esta conducta, intencional por parte de los constituyentes de esta fundación, además de violar por completo el principio constitucional de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la CN², es completamente dolosa, pues se estructuró una nueva persona jurídica y se le dotó de una amplia experiencia que le permitió participar en el presente proceso a partir de la sumatoria de las calidades de otras persona jurídicas sobre las que recaían una serie de sanciones graves por incumplimientos reiterativos, caducidades y multas vigentes, pretendiendo borrar de su historial un conjunto de irregularidades derivadas de su ineptitud como contratistas del Estado colombiano, ineptitud esta, que es evidente ante la existencia de las medidas sancionatorias a las que se han hecho acreedoras las diversas entidades que conforman Fundahinco, por su incapacidad para ejecutar de manera eficiente y correcta los dineros provenientes del erario público, así como por las componendas que utilizaron para actuar en otro y que fueron oportunamente denunciadas, investigadas y falladas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Considerar que de la unión de tres entidades que están inhabilitadas o sancionadas para contratar con el Estado, pueda surgir una nueva persona jurídica “inmaculada”, que no adolezca de ningún vicio carece de sentido, pues si se entiende que el todo es

² El ordenamiento jurídico colombiano expresa el principio de la buena fe desde la propia Constitución en el artículo 83 de la Carta Política “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”. Además se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. Corte Constitucional, Sentencia C-1194/08: M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2008.

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

igual a la suma de las partes, de la suma de tres partes inhabilitadas para contratar con el estado colombiano, no puede surgir un todo habilitado para tal propósito; esto puesto que la personalidad jurídica no se puede convertir en una patente de corso para eliminar las consecuencias de una reiterada actuación contractual negligente o contraria al derecho a la competencia.

Ante estas delicadas circunstancias, el deber de la administración departamental derivado de lo dispuesto en el Artículo 209 de la Carta Magna, que establece que la función pública esta subordinada al servicio de los intereses generales, no es otro que el de actuar como pleno garante de dichos intereses generales, que en este caso son aún más importantes, puesto que el objeto contractual del presente proceso de licitación pública, recae, como bien lo hizo notar el Dr. Fajardo en su escrito, sobre la niñez del Departamento que goza de una prevalencia constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de 1991. Ello derivó en que el comité evaluador del presente proceso de licitación pública, hiciera una verificación exhaustiva de todo lo relacionado con la información relativa a los participantes del mismo, con la intención de tomar una decisión correcta para la población titular de derechos del programa de alimentación escolar –PAE-, y que garantice una correcta inversión de los recursos que desde el gobierno central se destinan para tal fin. En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que:

“La protección constitucional del se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Carta política que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás. En concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional han establecido: (i)el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley, sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular”³.

En cuanto al supuesto desconocimiento del precedente jurisprudencial en lo relativo a la interpretación restrictiva de las inhabilidades y la imposibilidad de su interpretación extensiva o aplicación analógica, esta entidad se permite recordarle al Dr. Fajardo, que existen ciertas excepciones en las cuales le es permitido a las entidades administrativas alejarse de los precedentes jurisprudenciales. En efecto, cuando los motivos de este alejamiento a lo dispuesto en el precedente son imperiosos, pues concurren razones sustantivas y suficientes para justificar la postura de la administración, tal desconocimiento es permitido, siempre y cuando se fundamenten sólidamente los argumentos de la administración en los que se basa su decisión. La misma Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, se refirió a la posibilidad del apartamiento administrativo, en los siguientes términos:

“El deber legal de extensión jurisprudencial, dispuesto en la norma demandada, no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, al punto que la misma se halla en posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal jurisprudencia –conforme a la ley-, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado.”⁴

Sobre la posibilidad de que sean las entidades administrativas quienes se aparten de

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

precedentes jurisprudenciales, como en el presente caso, la misma Corte Constitucional explicó que:

“...Específicamente, en relación con las autoridades administrativas, la Corte aludió a la posibilidad del correlativo apartamiento administrativo, como posibilidad válida con que cuenta la administración para discutir los precedentes jurisprudenciales de los órganos judiciales de cierre y, con ello, sustraerse de la fuerza vinculante de los mismos, de manera excepcional y a través de un procedimiento exigente de argumentación.”⁵

Refiriéndose de nuevo al caso de las entidades de la rama ejecutiva, la Corte en otra sentencia también advirtió que es posible apartarse del precedente, siempre y cuando los argumentos de la entidad pública demuestren la necesidad de dicho comportamiento:

“Como a la administración no le es aplicable el principio de autonomía judicial (artículo 230 C.P.), según ya se señaló, le resultara aún más exigente la carga de argumentación cuando pretenda apartarse del precedente judicial. En consecuencia no se trata de una simple regla de opinabilidad administrativa sobre el precedente judicial aplicable; para que la objeción del precedente jurisprudencial resulte válida “deberá demostrarse que esa esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existe se muestra inaceptable” (subrayado en el texto original)⁶.

La administración departamental, considera que el caso bajo análisis es uno de aquellos en los que está justificado el apartarse del precedente, debido a las graves irregularidades detectadas en la constitución de la Fundación Ahínco por Colombia, y ante la necesidad de evitar que personas jurídicas que han sido sancionadas, multadas e inhabilitadas para contratar con el Estado colombiano, debido a su deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales, pretendan de mala fe camuflarse bajo la figura de una nueva personalidad jurídica, procurando de esta forma evadir la vigilancia de la administración pública y de los diferentes entes de control que intervienen en la actividad estatal. Por ello, se consideró que en este caso, es aplicable un criterio similar al del literal i, artículo 8 de la ley 80 de 1993; pues esta inhabilidad tiene por objeto evitar que los socios de sociedades de personas a los que se les haya declarado una caducidad, formen luego otras sociedades tratando de esquivar los efectos de dicha declaratoria de caducidad, e igualmente con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley 1474 de 2.011, modificado por el artículo 43 de la nueva ley 1955 de 2.019, que persigue un fin análogo, es decir, inhabilitar para la contratación estatal a los contratistas a los que se les han declarado incumplimiento reiterados en los últimos años, extendiendo esta inhabilidad a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Contrario sensu a lo expresado por el recurrente, ni la administración departamental, ni la Procuraduría General de la Nación, pueden omitir las graves irregularidades aquí detectadas, pues dicho comportamiento inaceptable sería cohonestar las maniobras engañosas de los constituyentes de la Fundación Ahínco por Colombia, para poder escapar de las sanciones legales que les resultan aplicables por sus reiterados y graves incumplimientos en materia de obligaciones contractuales con instituciones públicas, que desembocaron en un despilfarro de dineros del erario público, y en la no satisfacción de las necesidades para los que tales dineros fueron destinados. Tan es así, lo expresado en el párrafo anterior, que la misma Procuraduría General de la Nación, a través de su delegada para la contratación estatal lo advierte en el concepto

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

que fue citado durante la audiencia de adjudicación del proceso de licitación pública, lo que en opinión de la Gobernación del Atlántico, de ningún modo puede tomarse como una “extralimitación” de funciones, sino como todo lo contrario, la materialización de las competencias funcionales de la Procuraduría, ante la posibilidad de que personas inescrupulosas, sobre las que pesan inclusive sanciones de tipo penal, puedan celebrar contratos con la administración pública estando inhabilitados para ello.

La actuación de mala fe, de los constituyentes de Fundahinco es innegable, si se tiene en cuenta que uno de los contratos que fue aportado para acreditar la experiencia mínima dentro del proceso de licitación pública que nos atañe, fue el contrato 069 de 2017 suscrito entre la Fundación Social con Futuro y el Departamento de Córdoba. Hechas las revisiones pertinentes se evidenció que el citado contrato tiene una fecha de inicio que fue posterior a la declaratoria de caducidad que le fue decretada a la fundación, en otras palabras dicha fundación estaba inhabilitada para contratar con el Estado cuando firmó el contrato No. 069 de 2017, actuación está que demuestra a las claras el comportamiento ladino y desleal del contratista, pues no contento con haber suscrito un contrato cuando estaba inhabilitado para hacerlo, quiere que la administración departamental se lo tenga en cuenta, mediante una transferencia de experiencia de la fundación inhabilitada a otra nueva que acaba de constituir, esperando que este actuar doloso escape a la órbita de la entidad, lo que refleja una total falta de respeto de Fundahinco por las normas legales y principios de la contratación pública. De manera que, la entidad que representa el Dr. Fajardo Angarita ha sido la primera en burlarse tanto de las normas, como de los principios de la contratación pública, a los que tanta alusión hace el mencionado abogado en cada una de sus intervenciones.

Todas estas sanciones, incumplimientos y multas, deben estar consignados en el registro único de proponentes –RUP- de cada una de las fundaciones mencionadas, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 6 de la ley 1150 de 2.007, que en su numeral 6.2 literalmente establece:

“6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.”

2.- LA ACTUACIÓN DE LA UT ATLÁNTICO PRIMERO 2019 COMO CONSTITUTIVA DE ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho es una fuente de responsabilidad civil, la cual se origina en el ejercicio abusivo de un derecho que se tiene. Así, con la teoría del abuso del derecho lo que se pretende señalar es que los derechos no son meras facultades individuales que pueden ejercitarse ilimitadamente, sino que deben ejecutarse con razonabilidad y sin afectar desproporcionalmente a terceros⁷. Los elementos para que se configure el abuso del derecho son: 1) Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; 2) El uso contrario a los claros fines de la norma; 3) La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta que se pruebe lo contrario⁸.



“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

Al analizar esta figura, es claro que esta podría ser una vía para hacer que algunos sujetos abusen de su derecho a la creación de personas jurídicas; en este caso la administración departamental considera que se cumplen estos presupuestos, y que por ende la creación de la Fundación Ahínco por Colombia con la intención de contratar con la administración pública representa un ejemplo de ejercicio abusivo del derecho. Al respecto, Arrubla Paucar, considera que hay casos especiales en los que quienes crean una persona jurídica lo hacen con la intención de perjudicar a terceros, con fines contrarios a la creación legítima de personas jurídicas⁹.

El abuso del derecho, como principio general, está reconocido en el artículo 95 de la CN, y como es sabido a partir de la Constitución de 1991, el reenvío a los principios generales del derecho se ha visto robustecido con la exaltación de los valores, principios, normas constitucionales y su supremacía sobre las demás normas, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Magna. Como bien anota, el Dr. Fernando Hinestroza: *“es deber de todo miembro social obrar de buena fe, esto es, con lealtad y corrección, pensando en el prójimo, poniéndose en el lugar de este, en todas sus actuaciones, como ciudadano, como candidato a parte contractual, como contratante, etc. Tal es la razón de ser de la declamación del artículo 95 de la Constitución Política. Y su desentendimiento de esa pauta fundamental de conducta: obligación, deber, carga, es natural que despierte una reacción ajena, de una víctima determinada, de la sociedad, del Estado, a fin de evitar que su egoísmo prospere, esto es, conjurar el entuerto y, llegado el caso, procurar que se reintegre, repare o compensé el quebranto causado”*¹⁰.

Para la administración del Departamento del Atlántico, resulta claro que la actuación de los constituyentes de la Fundación Ahínco por Colombia, configura los supuestos del abuso del derecho, pues mediante procedimientos desleales, contrarios a la buena fe, se trató de engañar al Estado mediante la participación en este proceso licitatorio de una persona jurídica nacida a partir de la unión de otras personas jurídicas espurias, cuestionadas y sancionadas por la administración pública. Y lo peor, es que la finalidad de esta nueva persona jurídica era la de acceder a contratos estatales, a los que les estaba vedado acceder precisamente en razón a su pobre desempeño como contratistas del Estado colombiano, a sus marrullas y comportamientos irregulares.

Esta actuación, irregular, desleal y falsa, de la Fundación Ahínco por Colombia, parece ser común, lo que la vuelve aún más peligrosa para los intereses de la niñez del Departamento del Atlántico. Por ejemplo, en el proceso de selección abreviada No. SA-UAC-0003-2019, cuyo objeto similar al de este proceso era contratar la operación del programa de alimentación escolar en el Distrito de Cartagena. La Unión Temporal CARTAGENA PRIMERO 2019, integrada de nuevo por las mismas personas jurídicas que componen la UT ATLÁNTICO PRIMERO 2019, es decir, la empresa MCD SAS, y la Fundación Ahínco Por Colombia –FUNDAHINCO, falsificó dentro de su propuesta documentos y firmas de personas ajenas a la misma, a las cuales había certificado como supuestos trabajadores de la UT Magdalena 2017 y de FUNDESOL (una de las constituyentes de FUNDAHINCO). De lo anterior obra como prueba en el expediente contractual, la carta firmada por la profesional CIELO RANGEL ZAYAS, profesional vinculada mediante contrato de prestación de servicios a la administración distrital de Cartagena, quien en su misiva dirigida al comité evaluador manifiesta que su firma fue falsificada, y que todas las supuestas certificaciones allegadas en la propuesta de la UT Cartagena Primero 2019, en las que ella aparecía eran falsas, pues nunca había trabajado con ellos, ni había suscrito documento alguno. Lo cual como ella mismo lo expresa en su comunicación “constituye un delito, tipificado en el código penal”, y que acudió ante la Fiscalía General de la Nación para interponer la correspondiente denuncia penal. Por estas razones la propuesta de la UT Cartagena Primero 2019, fue

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

rechazada por el comité evaluador del proceso No. SA-UAC-0003-2019. Otro hecho más que obra como muestra del rechazable actuar de la Fundación Ahínco por Colombia, que parece haber pasado por alto el acucioso recurrente, que con frecuencia envía escritos y observaciones sobre todo y sobre todos, pero, quien frente a todas estas ostensibles irregularidades de su apoderada, de las cuales la administración departamental tiene pruebas fehacientes, extrañamente, guardó silencio.

La Gobernación del Atlántico, no puede permanecer impávida frente a todo esto, por ello la no existencia de una norma que resulte estrictamente aplicable al caso concreto, no puede aludirse como excusa para que frente a estos delicados antecedentes se omita el deber legal del comité de evaluación de cumplir con aquello para lo cual fue nombrado; pues existen principios superiores del ordenamiento constitucional colombiano que resultan aplicables (buena fe, abuso del derecho, función pública supeditada al interés general), la Constitución de 1991 permite la expresión y aplicación de tales principios sin necesidad de una modulación legislativa obligatoria, pues se tiene ahora un sistema de aquellos que el constitucionalista español Ignacio De Otto, denomina de eficiencia directa de la Constitución. La Corte Constitucional, como garante de la carta política nacional, refiriéndose al abuso del derecho como principio general acatado por el artículo 95 de la Constitución Nacional ha explicado:

El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta (CP art. 95). El preámbulo de la Constitución expresamente consagra como uno de sus fines asegurar la convivencia, la igualdad y la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo. Esta finalidad no se podría alcanzar sin la cooperación activa de los particulares quienes son responsables por infringir la Constitución y las leyes y, además, por abusar de sus propios derechos, conducta ésta que de aceptarse como práctica social conduciría a la segura entronización de un orden injusto (CP art. 6). En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros”.¹¹

Y más adelante sostiene la Corte, en la misma decisión que:

“...De otra parte, la protección constitucional de un derecho constitucional exige que su ejercicio sea fiel a su finalidad. La estructura teleológica de los derechos constitucionales asegura a sus titulares porciones de libertad e igualdad, de manera que esferas específicas de la vida estén fuera del alcance del poder del Estado o de las organizaciones privadas y que los intereses de todos sean tenidos en cuenta en la distribución de los beneficios derivados de la vida social. Sin embargo, el ejercicio de los derechos constitucionales con fines contrarios al orden jurídico democrático y participativo - por violación de los principios de dignidad humana, solidaridad, buena fe o efectividad de los derechos consagrados en la Constitución - desvirtúa el sistema normativo y al mismo no se extiende la protección estatal...”

...El artículo 95 de la CP se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son la materia a la que se contrae la obra del Constituyente,

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades".¹²

En el mismo sentido respecto a la teoría de abuso del derecho, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Al disponer el artículo 830 del Código de Comercio que “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, acogió el ordenamiento legal colombiano, sin ambages, la regla denominada del “abuso del derecho” que de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes “de la persona y del ciudadano”, amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que este reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.”¹³

3- LA DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA ZONA 1 Y EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

Los mismos principios de la contratación estatal, que alega el recurrente le han sido vulnerados a su prohijada, la UT Atlántico Primero 2019, sirven para defender la actuación de la Gobernación del Atlántico en el presente proceso de licitación y demostrar que no se violó ninguno de estos principios, sino todo lo contrario la prevalencia de los mismos fundamentó la decisión que correspondía en aras a garantizar los derechos de los beneficiarios del programa de alimentación escolar – PAE- de los establecimientos educativos oficiales ubicados en los municipios de la Zona 1 del Departamento. Esto se hace patente en varias sentencias del Consejo de Estado, por ejemplo, en el expediente con radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489):

“El principio de transparencia persigue la garantía que de en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar. Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta,

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado con fundamento en “los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella”. En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumenten procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta”¹⁴.

El recurrente exige transparencia e imparcialidad, pero, su actuación durante todo el proceso de licitación ha carecido de esta cualidad, por los motivos que ya han sido documentados con suficiencia. El principio de transparencia se predica, no solo de la administración, sino también de todos los proponentes que participan en un proceso de selección contractual, no parece ser coherente frente a dicho principio la constitución de la Fundación Ahínco por Colombia, puesto que es evidente el fin que persiguió la asociación de distintas fundaciones inhabilitadas para su creación era ocultar al Estado las condiciones que les impedían a estas participar en procesos de selección pública y acceder a contratos estatales.

En otra decisión, el Consejo de Estado hace referencia a los deberes de la administración durante los procesos de contratación, en este caso el alto tribunal anota lo siguiente:

- Deberes de la administración en el ejercicio de la contratación: 1) asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; 2) Evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad discrecional de las entidades públicas que integran aquella. La Sala establece que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación.¹⁵

En la misma sentencia, el Consejo de Estado hace referencia al principio de selección objetiva, precisamente en los eventos en que puede presentarse la declaratoria de desierta de una licitación pública, al respecto dice el honorable tribunal:

“...la declaratoria de desierta de un proceso de licitación pública, es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración, caso en el cual, a la luz de la Ley 80 de 1993 -original- quedaba facultada para contratar directamente –ahora bajo la modalidad de selección abreviada- en aras de cumplir con los fines perseguidos con la contratación, mediante el procedimiento fijado por el reglamento y respetando los principios que rigen esta actividad”¹⁶.

En el proceso de marras, la administración encuentra que existen fundadas razones que impiden una verdadera selección objetiva, y por ello la administración ha dado cuenta de las circunstancias que motivaron esta decisión, pues, no se puede poner en riesgo la ejecución de un contrato como la operación del programa de alimentación escolar, máxime si se tienen en cuenta los derechos de los beneficiarios del programa que como se ha reseñado cuentan con especial protección constitucional, los problemas que se han presentado en otras entidades territoriales del país con contratistas incumplidos, y los escándalos que han sido de amplio cubrimiento por parte de los medios de comunicación.

4-. CON RELACIÓN A LAS PRUEBAS APORTADAS Y SOLICITADAS POR EL RECURRENTE

Sobre este punto la administración se mantiene en la posición ya fijada durante la diligencia de audiencia de adjudicación, sobre los conceptos aportados por el Dr. Fajardo Angarita como pruebas, es decir, que tanto los interesantes planteamientos del Dr. Expósito Vélez, como el supuesto “dictamen pericial” que no es más que otro concepto elaborado por un profesional del derecho, corresponden a lo que el artículo 26 del Código Civil denomina interpretación doctrinal, y no son vinculantes para la administración.

Con relación a la expedición de las copias documentales que solicita el recurrente, la administración se permite manifestarle que estas le serán entregadas, una vez se cancelé el valor de las mismas en las Oficinas del Banco Popular, el valor de la copia por folio es de CIEN PESOS (\$100,00), valor establecido en el Decreto N° 000768 de 2012. Realizado el trámite anterior, deberá allegar el recibo de pago de las copias a la Secretaria de Educación para la expedición de las mismas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Secretario de Educación Departamental

RESUELVE

Artículo Primero: No reponer la Resolución No. 1020 del catorce (14) de junio de 2.019 *“Por la cual se declara desierta una zona y se adjudican dos zonas de la Licitación pública N° SED 001-2019”* por las razones expuestas en la parte considerativa, en consecuencia, no se accede a las peticiones principales primera, segunda, tercera y cuarta del recurso de reposición interpuesto por el Dr. Francisco Fajardo Angarita, actuando como apoderado de la UT Por los Niños del Atlántico.

Artículo Segundo: Acceder a la petición primera subsidiaria hecha por el recurrente Dr. Francisco Fajardo Angarita, sobre la expedición de copias de documentos, pero, advirtiéndole al recurrente que para la expedición de las copias solicitadas, deberá diligenciar el correspondiente formulario de solicitud de copias el cual debe reclamar en la oficina de Registro y Correspondencia ubicada en el primer piso del Edificio de la Gobernación del Atlántico Calle 40 entre Carreras 45 y 46, Piso 1, y cancelar el valor de

SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL
RESOLUCIÓN N° 01126 DEL 9 DE JULIO DE 2019

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01020 DEL 14 DE JUNIO DE 2019”

las mismas en las Oficinas del Banco Popular, el valor de la copia por folio es de CIENTO PESOS (\$100,00), valor establecido en el Decreto N° 000768 de 2012. Realizado el trámite anterior, deberá allegar el recibo de pago de las copias a la Secretaría de Educación para la expedición de las mismas.

Artículo Tercero: Notificar de la determinación tomada en este acto administrativo al Dr. Francisco Fajardo Angarita, en su calidad de apoderado de la Unión Temporal Por los Niños del Atlántico 2019.

Artículo Cuarto: Contra la presente resolución no procede recurso alguno, quedando de esta forma agotada la vía gubernativa.

Artículo Quinto: La presente resolución se expide a los nueve (9) días del mes de julio de 2019 y rige a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original Firmado)
DAGOBERTO BARRAZA SANJUAN
SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

Proyecto: JAE- CCA
Revisó: JAE-CCA

