Sentencia SU.219/03

PERSONA JURIDICA EXTRANJERA-Representación judicial

Para la Corte las personas jurídicas referidas, por el hecho de suscribir un contrato de sociedad y actuar como accionistas de una sociedad constituida conforme a las leyes nacionales como COMMSA S.A. -que fue la que directamente intervino como contratista- no están obligadas a constituir una sucursal ni apoderados conforme a los preceptuado por el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil. El cumplimiento de dicha obligación –la de constituir sucursales y apoderados-, está referido a quienes participan de manera directa en la contratación pública y no a quienes actúan como accionistas de aquel. Además, sobre el concepto de la permanencia en los negocios la conclusión debe sujetarse a lo previsto por el artículo 474 del Código de Comercio para el efecto y, en todo caso, a lo que certifique la Cámara de Comercio sobre el particular.

INHABILIDADES DE CONTRATISTA-Se han debido hacer las consideraciones respectivas en la resolución/PERJUICIO IRREMEDIABLE POR INHABILIDAD-Configuración

Si en la actuación administrativa adelantada por el INVIAS, se pretendía inhabilitar a los socios de la concesionaria COMMSA, si bien no era preciso declararla expresamente en la resolución 02282, para poderla concluir clara y evidentemente, según lo dispuesto en la ley, y permitir así la interposición del eventual recurso propio de la vía gubernativa, en caso de considerarse tal situación como adversa por parte de los afectados, sí era necesario que en dicho acto administrativo se hubieren hecho las consideraciones respectivas que se incluyeron tardíamente en la parte motiva de la resolución 004260 y mediante las cuales aquella se pretende concluir. Si el INVIAS pretendía inhabilitar a los socios de COMMSA, tal decisión ha debido estar precedida de modo claro y preciso de consideraciones relacionadas con el análisis de la causa de la pretendida inhabilidad, todo con el fin de permitir y garantizar el debido proceso administrativo a los socios a la hora de interponer el respectivo recurso de reposición, contra la supuesta inhabilidad y los motivos para declararla y así cerrar en una forma clara y nítida la vía gubernativa. La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la

inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo.

INHABILIDADES DE CONTRATISTA Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración

El debido proceso administrativo no está llamado a cumplirse de manera escindida, parcializada o discriminada; al contrario, es una garantía que atraviesa toda la actuación de la administración, y es bajo la égida de un proceso debido, como deben proferirse los actos administrativos. Lo contrario sería aceptar que para ciertas actuaciones administrativas caben las formas debidas, y para otras, bien se permiten las actuaciones difusas y la indefinición jurídica. Frente a los actos administrativos, las personas jurídicas tiene también derecho a la defensa, la contradicción, la publicidad, principio de legalidad, y a que dentro de las actuaciones regladas de la administración, se les otorgue la posibilidad de presentar los recursos que le garantizan su defensa. Omitir tales oportunidades, acarrea vulneración del debido proceso administrativo

Referencia: expedientes T-438775, T-442931, T-445010 y T-458915 acumulados.

Acciones de tutela instauradas por ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A, ANÓNIMA CAMINOS Y REGADÍOS SACYR S.A, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A, GERCON S.A., CASTRO TCHERASSI S.A, EQUIPO UNIVERSAL S.A, CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A, WACKENHUT DE COLOMBIA S.A Y CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVIAS”.

Magistrada Ponente

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Luis Eduardo Montealegre Lynett, quien la

preside, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, profiere la siguiente

SENTENCIA

NOTA PREVIA

A pesar de que la Sala Plena no acogió el proyecto presentado por el Magistrado Alvaro Tafur Galvis, correspondiéndole entonces la ponencia a la Doctora Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señala que la presente ponencia conserva los antecedentes sobre las demandas, las decisiones que se revisan, y lo relacionado con las precisiones previas al análisis de fondo.

I. ANTECEDENTES.

Corresponde a esta Sala revisar las sentencias dictadas por los jueces de instancia en cada uno de los procesos de tutela acumulados para su estudio en el presente trámite, de conformidad con lo dispuesto por la Sala de Selección Número Cuatro, mediante auto del dos (2) de mayo del año 2001 y la Sala de Selección Número Seis, mediante auto del 28 de junio del mismo año.

1. Hechos.

El Instituto Nacional de Vías -INVIAS- convocó a una licitación pública1 para la selección del concesionario que se encargaría de realizar los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación, el mantenimiento y la prestación de servicios del proyecto denominado El Vino – Tobia Grande – Villeta – Honda – La Dorada – Puerto Salgar – San Alberto en los departamentos de Cundinamarca, Tolima, Caldas, Santander y Cesar.

La FUTURA SOCIEDAD ANÓNIMA CONCESIONARIA DEL MAGDALENA MEDIO, como se denominaba en esa etapa de la licitación, presentó su propuesta y resultó seleccionada para los efectos de suscribir y ejecutar el contrato respectivo. En consecuencia, -INVIAS- expidió la Resolución No. 07264 (Expediente T-458915 cuad. 2 folio 64) del 24 de noviembre de 1997 por medio de la cual adjudicó el contrato de concesión No. 0388 y el 15 de diciembre de 1997 la sociedad concesionaria de la cual hacen parte los accionantes se constituyó

formalmente2.

Durante la ejecución del contrato, la concesionaria COMMSA S.A., mediante el oficio No. 952 del 9 de noviembre de 1998 (Expediente T-458915 cuad. 2 folio 139), presentó ante el INVIAS "solicitud de modificación del trazado para el denominado tramo 3" de la construcción, invocando para el efecto justificaciones técnicas y económicas. Por su parte, INVIAS negó la solicitud mediante la comunicación DG-011293 del 25 de mayo de 1999 (Expediente T458915 cuad. 2 folio 99).

Posteriormente, aduciendo el incumplimiento de algunas obligaciones contractuales, -INVIAS-, por medio del comunicado SCO No. 022925 del 29 de septiembre de 19993 requirió a COMMSA S.A. para el cumplimiento de las mismas y otorgó un plazo de 30 días para la defensa del contratante conforme lo disponía la cláusula 27.2 del contrato. En contestación, la sociedad concesionaria solicitó, por medio del oficio No. 2741 del 10 de noviembre de 1999 (Expediente T458915 cuad. 2 folio 132), la ampliación proporcional del plazo otorgado para "aclarar los supuestos incumplimientos informados" a lo cual accedió -INVIAS- según consta en el comunicado SCO No. 028971 del 16 de noviembre de 1999 (Expediente T458915 cuad. 2 folio 108), advirtiendo que el nuevo plazo "es perentorio" y que el hecho de concederlo "no purga los incumplimientos" que dieron lugar a la reclamación.

La concesionaria COMMSA S.A., mediante la comunicación No. 711 del 24 de marzo de 2000 ratificada y reiterada en la No. 1367 del 29 de mayo de 2000 (Expediente T458915 cuad. 2 folio 127) dirigidas a INVIAS, procedió a justificar el incumplimiento de las obligaciones requeridas aduciendo "Eventos Excusables". No obstante, por medio del oficio No. 875 dirigido a -INVIAS- fechado el 7 de abril de 2000 (Expediente T445010 cuad. 1 folio 397 y Expediente T458915 cuad. 2 folio 125), solicitó una nueva prórroga del plazo concedido inicialmente para el cumplimiento de las obligaciones, argumentando para el efecto "nuevas circunstancias que rodean el proyecto y que son de todos conocidas", haciendo referencia a que las compañías de seguros con quienes se tramitaba la póliza única de cumplimiento necesitaban de 30 a 40 días para evaluar las condiciones bajo las cuales ésta otorgaría.

A la anterior solicitud -INVIAS- contestó mediante el oficio DG-09111 del 18 de abril de 2000 (Expediente T-438775 folio 679), manifestando que consideraba procedente la petición, advirtiendo sin embargo que "[c]on la prorroga del plazo que se otorga el Instituto brinda una

última oportunidad para que la concesionaria satisfaga las obligaciones debidas”.

De manera previa a la contestación reseñada en el párrafo anterior, la sociedad concesionaria se dirigió a INVIAS, mediante comunicación No. 958 del 17 de abril de 2000, suscribiendo unilateralmente un “DOCUMENTO DE COMPROMISO” (Exp. T-458915 cuad 2 folio 110) en el cual se especifican las condiciones bajo las cuales se compromete al cumplimiento de una serie de obligaciones en un plazo de 45 días contados a partir del 15 de abril de 2000.

Así mismo, a las comunicaciones mediante las cuales la concesionaria justificaba el incumplimiento de algunas obligaciones, INVIAS contestó mediante el oficio No. 013185 del 2 de junio de 2000 (documento requerido al INVIAS mediante auto del 20 de septiembre de 2001) negando la existencia de eventos excusables como presunta causa justificativa de aquel.

Aduciendo el incumplimiento de las obligaciones a las que la sociedad concesionaria se había comprometido en el documento fechado el 17 de abril de 2000 y que, según INVIAS, venía inobservando de tiempo atrás a pesar de los múltiples requerimientos, el director general de la entidad contratante decidió declarar la caducidad y terminación del contrato de concesión No. 0388 mediante la resolución No. 002282 del 2 de junio de 2000. En dicha providencia administrativa se ordenó, también, la toma de posesión de la obra, la liquidación del contrato y la reversión de los bienes afectos a la concesión.

Además, en el artículo 2º. de la parte resolutiva de la aludida decisión administrativa, se dispuso que la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio -COMMSA S.A.- quedaba inhabilitada para contratar con el Estado por un termino de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria y en el parágrafo de dicho artículo se expresó: “La anterior declaratoria causará los efectos y responsabilidades que consagra la Ley.”.

Contra esta decisión, interpusieron, en escritos separados, recurso de reposición las sociedades accionantes dentro de los trámites de tutela sujetos a revisión, salvo WACKENHUT DE COLOMBIA S.A4. Las impugnaciones se resolvieron en una sola resolución, la No. 004260 del 24 de octubre de 2000 confirmando los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8 de la resolución recurrida y revocando el artículo 5 de la misma5.

Antes de resolverse la referida impugnación y en atención a la consulta formulada por el señor Ministro de Transporte a causa de algunas inquietudes sobre aspectos relacionados con el contrato celebrado con COMMSA S.A6, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto el 4 de septiembre del año 2000 (Consejero Ponente. Augusto Trejos Jaramillo), el cual fue posteriormente aclarado de manera oficiosa el 15 de septiembre del mismo año.7

En criterio de los accionantes, si la pretensión de la entidad contratista era la de inhabilitar a todos los socios de la concesionaria, como resultado de la actuación administrativa por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, la primera de las resoluciones proferida para el efecto ha debido manifestarlo expresamente, para así permitir a los afectados ejercer su derecho de defensa, omisión que motiva la solicitud del amparo.

1. Pretensiones.

Las sociedades demandantes, las cuales hacían parte del consorcio COMMSA S.A -: ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A. y ANÓNIMA CAMINOS Y REGADÍOS SACYR S.A. por medio apoderado especial8; el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. actuando mediante su representante para Colombia9, GERCON S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A. y CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A. mediante apoderado especial10, así como WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. y la CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. mediante apoderado especial11, instauraron acciones de tutela en el orden descrito ante diferentes despachos judiciales contra EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-.

Los accionantes de los tres primeros procesos reseñados (T-438775, T-442931 y T-445010) pretenden que como mecanismo transitorio, en relación con cada uno de ellos y mientras se resuelve el proceso contencioso respectivo, se ordene en el fallo de tutela inaplicar el parágrafo del artículo 2 de la Resolución No. 0228212 del 2 de junio de 2000 expedida por el Director del Instituto Nacional de Vías, así como la decisión de inhabilitarlos para celebrar contratos con el Estado durante cinco (5) años contenida en la Resolución No 00426013 del 24 de octubre de 2000 proferida por el mismo organismo, ya que estiman que con las determinaciones aludidas se les vulneran los derechos al debido proceso, al trabajo, la igualdad y el buen nombre.

Como pretensión complementaria los accionantes de los dos primeros procesos reseñados (T-438775, T-442931) solicitan que, en todo caso, se ordene inaplicar, en su integridad, las Resoluciones No. 02282 y 004260 atrás mencionadas, por considerar que en el trámite que las precedió se les vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte las sociedades demandantes del proceso identificado con la radicación T-458915 exponen como única pretensión que se ordene inaplicar íntegramente las referidas resoluciones de INVIAS, por considerar, al igual que los demandantes de los anteriores procesos, que con la expedición de estas se les vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y buen nombre.

3. Las demandas de tutela

Las sociedades accionantes14, todas ellas accionistas a su vez de COMMSA S.A., interpusieron acción de tutela por medio de sus respectivos representantes contra el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- por considerar que con la expedición de las resoluciones No. 002282 y 004260 de 2000 les fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y buen nombre.

En demandas, que guardan clara identidad material, explican que, como consecuencia de la caducidad decretada mediante la primera de las resoluciones aludidas, se inhabilitó a la concesionaria COMMSA. S.A para celebrar contratos con el Estado por un término de cinco años "sin referirse específicamente en lo concerniente a este aspecto a cada uno de los socios y dispuso que dicha declaratoria de caducidad `causará los efectos y responsabilidades que consagra la Ley".

Así mismo, señalan que la resolución en comento, en el artículo 6, ordenó hacer efectiva la solidaridad de la concesionaria y cada uno de sus accionistas y, en consecuencia, dispuso proceder al recaudo de las acreencias que resultaran a favor de -INVIAS-, tanto en la liquidación del contrato como en las actuaciones posteriores. A este respecto informan, además, que en la parte considerativa de la resolución con la que se decretó la caducidad, al referirse a la solidaridad, se hace mención al numeral 1.4.5 del pliego de condiciones que señala: "por consiguiente todos y cada uno de los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva

patrimonial.” (subrayan los demandantes)

Advierten, de otra parte, que el artículo 9 de la providencia administrativa a la que se viene haciendo referencia, “ordenó notificar la misma, en la parte relacionada con los accionistas únicamente : `por efecto de la solidaridad establecida en el pliego de condiciones y en la propuesta, sin referirse para nada a la inhabilidad de los mismos, que no se encuentra declarada expresamente en ella, como sí se hizo en este aspecto, con la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio”.

De las anteriores anotaciones relacionadas con la resolución No. 002282, concluyen que “[n]o se entiende como en la resolución mencionada, el Invías, cuando se trata de aplicar la solidaridad patrimonial, la estableció en forma expresa, tanto para la sociedad Concesionaria del Magdalena Medio COMMSA, como para cada uno de sus accionistas” mientras que acerca de la inhabilidad, ni en la parte motiva ni en la resolutiva, produjo un pronunciamiento expreso respecto de los socios.

En este orden de ideas, estiman que si esa era la intención “ha debido ordenarse desde un principio” ya que de lo contrario se desconoce, en criterio de los accionantes, el derecho fundamental al debido proceso que debe regir las actuaciones administrativas así como “los demás derechos fundamentales constitucionales invocados en esta demanda”.15

Así las cosas, advierten que “[a]l no haberse referido en forma especifica en el acto administrativo correspondiente, que los socios quedaban igualmente inhabilitados por los mismos motivos que dieron lugar a la caducidad, no podía deducirse que existía implícitamente dicha inhabilidad, pues teniendo ésta carácter sancionatorio, debió ser declarada en forma expresa, para que aquellos pudieran ejercer debidamente, desde un comienzo, su derecho de defensa”.

Con el fin de sustentar la procedencia del amparo en el caso presente, explican que, no obstante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste no sirve para prevenir el daño irreparable que se causa a las sociedades accionantes si se toma en cuenta que el proceso administrativo al que haya lugar tendría una duración superior al término de la inhabilidad controvertida. Así mismo, manifiestan que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido la posibilidad de que por el mecanismo de la acción de tutela se protejan los derechos fundamentales vulnerados en actuaciones administrativas, “en razón de la urgencia de

adoptar medidas eficaces encaminadas a impedir la prolongación de la vulneración o amenaza del derecho por parte de la acción o la omisión de la autoridad pública.”16

Con el mismo propósito de justificar la procedencia de la acción de tutela, argumentan, además, la existencia de un perjuicio irremediable con base en la transcripción de apartes de las sentencias T-681 de 1998, T-531 de 1993 y T-225 de 1993, providencias en las que se exponen presupuestos que consideran aplicables al presente asunto. Adicionalmente, el representante de las sociedades dentro del proceso T-445010, sostiene que la decisión de inhabilitarlos no se suspende por el hecho de que las resoluciones respectivas sean demandadas en la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a los principios de “ejecutividad” y presunción de legalidad de los actos administrativos, a los cuales hace referencia el artículo 87 del C.C.A

En relación con las sociedades extranjeras accionantes, los apoderados invocan el artículo 100 de la Constitución Política, con el fin de informar que las garantías allí dispuestas deben ser acatadas respecto de aquellas para que no se les vulnere el derecho a la igualdad. Así mismo, señalan que las sociedades accionantes no por el hecho de ser personas jurídicas dejan de ser titulares de los derechos fundamentales invocados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De esta manera, los representantes de las sociedades accionantes, insisten en que la inhabilidad que sobre éstas pesa no podía declararse “de manera implícita o por extensión” como, a juicio suyo, sucedió en la medida en que la resolución por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato mencionó como único destinatario de tal medida a la sociedad COMMSA S.A. y, en acto posterior, con ocasión de los recursos de reposición que se habían interpuesto, en los cuales se controvertían asuntos diferentes a la inhabilidad17, INVIAS decidió “que la resolución 002282 de 2 de junio de 2000, al señalar en el parágrafo del artículo 2º. que la caducidad tiene los efectos de ley, está inhabilitando a los socios de COMMSA, salvo las entidades estatales, por ser ésta una sociedad de objeto único, asimilada por la ley a los consorcios para efecto de la responsabilidad de sus integrantes, frente a las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, así como a las actuaciones hechos y omisiones.”

Por otra parte, señalan que conforme a la escritura de constitución de la sociedad

Concesionaria del Magdalena Medio, el objeto de ésta no es solamente la ejecución de las obras derivadas del contrato celebrado con INVIAS "sino, además, `la participación en licitaciones y/o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y/o cualquier otro sistema…´ lo que desvirtúa el carácter de sociedad de objeto único que se le endilga."18

Para finalizar, concluyen que en la actuación administrativa controvertida no se realizó un agotamiento adecuado de la vía gubernativa, lo cual impidió a las sociedades accionantes ejercer el derecho de defensa y controvertir la referida sanción de inhabilidad, así mismo como les desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades, al trabajo en condiciones dignas y justas y al buen nombre.

Por su parte, el representante de las sociedades accionantes dentro del proceso radicado con el número T-445010, considera que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver la consulta formulada por el señor Ministro de Transporte en relación con el tema debatido, profirió "una opinión contradictoria" (destacado original) que fue objeto de una disidencia. A este respecto, transcribe apartes de un comunicado que los socios de COMMSA S.A. habrían dirigido a INVIAS con posterioridad a esta providencia y antes de que se resolvieran los recursos de reposición contra la resolución que declaró la caducidad del contrato, documento en el que plantearon las razones por las que no estiman procedente hacerles extensiva la inhabilidad de COMMSA S.A. (Expediente T-445010 folio 5).

Además, argumenta que no es posible deducir la inhabilidad de los socios de COMMSA S.A. a partir del parágrafo del artículo 2 de la resolución 002282 y se interroga: "Si la inhabilidad había sido declarada a los socios de COMMSA, por qué se acudió, entonces, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado?". En apoyo de su raciocinio transcribe apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de noviembre de 1993 (C.P., Dr. Libardo Rodríguez expediente S-216), de la cual resalta que "… las causales de inhabilidad o de incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente prescritas por la Constitución o la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva".

Con base en lo anterior, asegura que la sanción de inhabilitar a los socios de COMMSA S.A. debió ser "expresamente declarada por el INVIAS" así como motivarse en la resolución respectiva.

Indica que estas omisiones dieron lugar a la vulneración del debido proceso administrativo por desconocerse los principios de congruencia y no reformatio in pejus “al adoptar un pronunciamiento que no fue materia de reposición”, así como por no darse la oportunidad a las sociedades accionistas de COMMSA de controvertir los motivos de la sanción, la cual, sostiene, terminó por imponerse de plano.

En cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre y trabajo, agrega que ésta se ocasiona por cuanto la decisión administrativa cuestionada ha hecho aparecer ante la opinión a las sociedades accionantes como firmas inhabilitadas cuando en realidad “sólo se les hizo comparecer a la vía gubernativa en condición de terceros eventualmente afectados por las consecuencias patrimoniales de la solidaridad.” y porque ésta irregular decisión “les impide celebrar contratos con el Estado por el término de cinco años.”

1. El tramite de tutela y los fallos que se revisan.

4.1. Expediente T-438775.

4.1.1. Contestación de la demanda de tutela.

La entidad pública accionada, por medio de apoderado y mediante escrito dirigido al juzgado de conocimiento (folio 275), procedió a contestar la demanda tutela instaurada por las sociedades ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A. y ANÓNIMA CAMINOS Y REGADÍOS SACYR S.A., en los términos que a continuación se resumen.

El apoderado alega, en primer término, circunstancias que, a su juicio, hacen improcedente el trámite del amparo: 1) Que no se acreditó la existencia y representación de las personas jurídicas accionantes, 2) que el debate planteado sobre si la sociedad contratante COMMSA es o no de único objeto debe decidirse en la jurisdicción contencioso administrativa y, 3) que existen medios eficaces y eficientes para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Argumenta, de otro lado, que la inhabilidad controvertida por los tutelantes, “no proviene de la voluntad particular y concreta de la Administración, sino de la voluntad impersonal, general y abstracta de la ley que prevé la inhabilidad como un efecto que sigue a la

caducidad.”19 Al respecto, considera que de concederse la tutela y suspenderse las resoluciones cuestionadas, se estaría desconociendo, no los efectos administrativos de la decisión, sino los legales derivados del numeral 5o. del artículo 6 de la Ley 80 de 1993.

Manifiesta que los accionantes tienen a su disposición un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho fundamental presuntamente violado, cual es, “la acción contractual con la solicitud previa de suspensión provisional del acto acusado, que se resuelve al admitir la demanda contencioso administrativa” Instrumento que podría ser reemplazado por la acción de tutela sólo si ésta se pretende como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y se cumplen los requisitos para el efecto.

En sustento de sus afirmaciones, transcribe extensos apartes de los conceptos rendidos por los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Libardo Rodríguez R, que obran en el expediente y según los cuales, al decir del apoderado de INVIAS, reconocen que la inhabilidad es un efecto de la caducidad y para controvertirla es necesario, entonces, atacar su causa en la jurisdicción contencioso administrativa y no el efecto en si mismo por medio de la tutela.

Para finalizar, afirma que no cabe duda que la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio COMMSA S.A. tiene el carácter de sociedad de objeto único20 y, en consecuencia, la responsabilidad de sus socios se asimila a la de un consorcio conforme lo dispone el parágrafo 3º del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

4.1.2. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo del 13 de diciembre de 2000, concede el amparo solicitado como mecanismo transitorio a favor de las sociedades ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A. y ANÓNIMA CAMINOS Y REGADÍOS SACYR S.A., por considerar que, en efecto, dentro del trámite por medio del cual se declaró la caducidad del contrato entre INVIAS y COMMSA S.A. no se podía extender a los tutelantes las sanciones y consecuencias impuestas a ésta última.

Para el Juez de primera instancia, es claro que en ninguno de los actos administrativos -el que declaró la caducidad y el que resolvió el recurso de reposición contra éste- se expresó “de manera clara y fehaciente la identidad de las aquí peticionarias a fin de extender los efectos de la declaratoria de caducidad de la contratista COMMSA, a sus integrantes y menos

cobijarlos con la inhabilidad que consagra la ley". Por ésta razón, estima que el trámite administrativo cuestionado al omitir vincular y escuchar a quienes terminaron involucrados con sus efectos, desconoce los mínimos principios procesales, "que conducen por vinculación a la vulneración del derecho al trabajo" ya que los accionantes "quedarían impedidos de contratar con el Estado por el término de 5 años".

En cuanto al invocado derecho al buen nombre, el a-quo considera que no se ha vulnerado por la entidad pública accionada, ya que la imagen, buen nombre y prestigio de las accionantes "sigue incólume en atención a que no se ha hecho público ni a través de los medios de comunicación, ni en forma directa y personal divulgación de informaciones, comunicaciones etc., que sean faltas a la verdad o que se hayan expresado en forma falsa o errónea, que lleven a distorsionar la imagen que como empresas mercantiles ostenten las accionantes".

En consecuencia, con base en los argumentos resumidos, el juez de tutela ordena a INVIAS "que en el término perentorio e improrrogable DE CUARENTA Y OCHO (48) horas contadas, a partir de la notificación de esta decisión, se proceda a la inaplicación a la Resolución 022823 (sic) del 2 de junio del (sic) 2000 parágrafo del artículo 2, y de la Resolución 004260 del 24 de Octubre del (sic) 2000, en lo que se refiere a la decisión de inhabilitar a las accionantes Sociedades Mercantil Anónima ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A. y ANONIMA CAMINIOS Y REGADIOS SACYR S.A., hasta tanto la justicia de lo contencioso Administrativo se pronuncie en forma definitiva de (sic) la controversia suscitada en relación con las consecuencias de las Resoluciones antes citadas, con relación a la entidad a la cual se le ha aplicado la caducidad administrativa y los socios que la conforman." Al tiempo que declara improcedente el amparo respecto del invocado derecho al buen nombre.

A solicitud de la parte accionante (folio 765), el juzgado de conocimiento procedió a complementar el fallo de tutela, por medio de una providencia proferida el 18 de diciembre de 2000 (folio 766) en la que adicionó el numeral 1 de la parte resolutiva, en el sentido de "ORDENAR al ente accionado inaplicar en su integridad la Resolución 022823 (sic) del 2 de junio del 2000 y la resolución 004260 del 24 de octubre del 2000, con relación a las accionantes".

Así mismo, mediante la providencia que reconoce personería a un nuevo apoderado de

INVIAS y concede la apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá (fechada el 22 de enero de 2001, folio 778) el a-quo negó la petición (folio 776) formulada por aquel, en la que requería al despacho judicial aclarar los alcances del fallo de tutela de primera instancia en 4 puntos a saber: 1) Si la resolución de caducidad conserva plena fuerza ejecutoria respecto de los socios accionistas de COMMSA S.A. que no son objeto de amparo de la tutela, 2) si debe suspenderse la toma de posesión del proyecto vial objeto del contrato, 3) si debe suspenderse la liquidación del mismo y, 4) si los efectos económicos de la liquidación del mismo vinculan a los tutelantes. Para el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá la sentencia proferida en el trámite de tutela "no ofrece motivos de confusión, razón por la cual no es menester aclaración alguna", y por ello no accedió a las aclaraciones solicitadas.

4.1.3. Impugnación.

La anterior decisión proferida por el juez de tutela de primera instancia, fue apelada por la entidad accionada -INVIAS-, la cual, mediante apoderado, expuso los argumentos que se resumen a continuación.

Advierte que el fallo recurrido, a pesar de conceder la tutela como mecanismo transitorio, omite de forma absoluta cualquier análisis sobre la existencia de un perjuicio irremediable y no desvirtúa de modo alguno la idoneidad de la acción contenciosa administrativa para la protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Argumentos expuestos por INVIAS al contestar la demanda y que al no ser tenidos en cuenta dieron lugar a una "clarísima denegación de justicia".

No obstante, considera pertinente insistir en que el amparo no es procedente, como quiera que el perjuicio irremediable no se configura respecto de ninguno de los derechos invocados. Al respecto, manifiesta que "si ha habido violación al debido proceso, las causales de nulidad de los actos administrativos dan plena cabida a dicha circunstancia para que en forma eficaz y eficiente se anule el acto. Si se trata de la violación al derecho al trabajo como ausencia de lucro devengado por su ejercicio, las acciones contencioso administrativas reconocen legitimidad al accionante para peticionar el restablecimiento del derecho." Así, considera que la circunstancia de que el derecho pueda ser restablecido "excluye claramente la condición de perjuicio irremediable que la ley exige para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio".

Reconoce que si bien la existencia de un mecanismo idóneo, eficaz y eficiente, como la acción contenciosa no excluye de plano la procedencia del amparo por vía de tutela, esta consideración merece una ponderación respecto a la situación en concreto, lo que, en su criterio, omitió el a-quo al decidir la primera instancia.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, agregando que las personas jurídicas no son sujetos del derecho fundamental al trabajo por cuanto éste "sólo puede tener como titular a la persona natural". Sobre este punto, sostiene que el juez de primera instancia confunde la consecuencia de la inhabilidad, ya que ésta consiste en la incapacidad para contratar con el Estado, pero no conlleva la imposibilidad de trabajar, pues aquel no es el único contratante posible.

Informa, de otra parte, que en el fallo de tutela ni en la parte motiva ni en la resolutiva adicionada a petición de los accionantes en fecha posterior, se expone justificación alguna que sirva de apoyo a la pretensión de dejar sin efecto la integridad de las resoluciones administrativas controvertidas.

Así las cosas, en su entender, el conflicto entre accionantes y accionada es de rango legal y no constitucional, así como también lo son las consideraciones expuestas por el juez de tutela de primera instancia, las cuales, expresa, no eran de su resorte sino de la "jurisdicción legalmente establecida como competente"21

Explica que al concederse la tutela, la suspensión total de las Resoluciones administrativas enerva decisiones contenidas en la parte resolutiva de las mismas que ningún debate tuvieron dentro del trámite del amparo. Como ejemplo, expresa que "están suspendiendo el recaudo de la suma de U$ 137´100.000.oo que es el valor de la cláusula penal, a más de que los valores que resulten de la liquidación del contrato de concesión resultarían inoponibles a los socios extranjeros de COMMSA" Así mismo, considera que por la forma en que se concedió la tutela se genera un limbo jurídico en muchos aspectos y se interroga: "¿el contrato de concesión como efecto de la suspensión de los efectos de las resoluciones 2282 y 4260, debe seguirse ejecutando por los socios tutelados?, ¿el contrato que se debe liquidar como consecuencia de la caducidad decretada por las resoluciones 2282 y 4260, se puede seguir liquidando?, ¿qué pasa con la reversión de bienes afectos a la concesión y que son por orden legal patrimonio público"

De otra parte, el apoderado de INVIAS explica que la alegada vulneración del derecho fundamental al debido proceso de las sociedades accionantes, tendría lugar únicamente si se entiende que “todas las entidades estatales que realizan contratos con sociedades de objeto único o con consorcios o uniones temporales, tengan que hacer caso omiso de la representación legal de las sociedades y el representante de los consorcios y las uniones temporales, debiéndose entender en particular con todos y cada uno de los socios y miembros de éstas y aquellos.” Interpretación que califica de absurda y contraria a la ley, como quiera que durante la ejecución del contrato el interlocutor de INVIAS era el representante legal de COMMSA y no cada uno de sus socios, por lo que los requerimientos encaminados a exigir el cumplimiento de la obligaciones contractuales debidas se hacían a aquella “y sólo cuando profirió la Resolución 2282 de 2000 citó a los socios.”22

Un extenso aparte lo dedica al análisis y justificación sobre la decisión de inhabilitar a los socios de COMMSA, así como a establecer la naturaleza jurídica de la figura, concluyendo que la inhabilidad no tiene un procedimiento previo para su imposición ya que es una “mera consecuencia legal de la declaratoria de caducidad”, por lo que la medida, tratándose de una sociedad de único objeto, opera respecto de sus socios “de pleno derecho”.

Argumenta, también, que la resolución 2282 por medio de la cual se caducó el contrato celebrado entre COMMSA e INVIAS señaló de conformidad con la ley los requisitos para que la inhabilidad surtiera efectos respecto de los socios accionistas, así, pues, precisó: 1) Que la inhabilidad es un efecto de la declaratoria de caducidad que grava a quienes dieron lugar a ella conforme al literal C. del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, 2) que COMMSA es una sociedad de objeto único, así como, 3) quienes son los socios de COMMSA, lo que le lleva a concluir que el acto administrativo no se encuentra viciado de modo alguno.

Finalmente, afirma que el fallo de primera instancia carece de sustento jurídico y motivación material suficiente, y aclara que “[e]n el evento de que el honorable tribunal decida confirmar la decisión recurrida lo que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS `INVIAS´ le pide es una decisión razonada”.

Las sociedades accionantes, por medio de su apoderado, presentaron por su parte un escrito solicitando la confirmación del fallo recurrido, el cual se encuentra visible en el folio 786 cuaderno 2 del expediente.

4.1.4. Fallo de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, con ponencia de la Dra. Angela María Betancur de Gómez, resuelve23 “[r]evocar la sentencia impugnada de fecha 13 de diciembre de 2000 y su aclaración y adición de fecha 18 de diciembre de 2000, y en su lugar, se declara improcedente la acción de tutela promovida por las SOCIEDADES MERCANTIL ANONIMA ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A. Y ANONIMA DE CAMINOS Y REGADIOS SACYR S.A. CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS” con base en los argumentos que a continuación se sintetizan.

No obstante lo anterior, expone argumentos conforme a los cuales la sentencia impugnada y su adición debe ser revocada. Así, pues, afirma que la materia en discusión versa sobre la legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad, lo cual no es posible debatir mediante este trámite. Agrega en este sentido que, en su criterio, el conflicto se origina en las diferentes interpretaciones que las partes hacen de normas de rango legal relacionadas con el alcance y consecuencias jurídicas de la caducidad, lo cual no configura una vía de hecho y no es procedente ventilar por vía de tutela; en sustento transcribe apartes de la sentencia T-538 de 1994.

Para el ad-quem, no cabe duda que la concesionaria COMMSA se constituyó conforme al artículo 7 parágrafo 3o. de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, al ser asimilada a los consorcios, “vincula a las sociedades accionantes, de manera tal, que para el INVIAS existe frente a las mismas, una responsabilidad solidaria, que genera como consecuencia la inhabilidad para contratar de las sociedades accionantes”. Sin embargo, estima que de persistir la controversia sobre este punto, la jurisdicción Contencioso Administrativa es la llamada a dirimirla mediante el trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos administrativos cuestionados, procedimiento en el que se resuelva, si es del caso, la solicitud de suspensión provisional de los mismos.

El Tribunal expresa, de otro lado, que de lo argumentado por INVIAS entiende “que se dio la figura de un litisconsorcio necesario” entre los accionistas de COMMSA y ésta, de manera que todos ellos debían instaurar la acción de tutela en los términos del artículo 51 del C.P.C.

Revisada la actuación previa al proferimiento de los actos administrativos cuestionados, considera que INVIAS procedió respetando el debido proceso y motivando debidamente sus

decisiones. Afirma, además, que no se ha configurado perjuicio irremediable alguno que justifique conceder el amparo de manera transitoria26.

Concluye advirtiendo que los efectos de la aplicación de las normas sobre contratación administrativa como consecuencia de un procedimiento administrativo cuya legalidad en controversia debe ser definida por la jurisdicción respectiva, no conlleva de manera alguna la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

4.2. Expediente T-442931.

4.2.1. Contestación de la demanda de tutela.

El Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, por medio de apoderado, se opone a la pretensión de amparo del BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., exponiendo ante el juzgado de conocimiento los argumentos que se sintetizan enseguida.

En primer término, manifiesta que ninguno de los derechos invocados por el demandante en sede de tutela han sido quebrantados. Al efecto, informa que en relación con el derecho fundamental al debido proceso, la sociedad accionante planteó la vulneración del mismo en el recurso de reposición contra la resolución que declaró la caducidad del contrato, e INVIAS, por su parte, al resolver la impugnación "desató la argumentación con lo cual quedó demostrado, con presunción de legalidad, el respeto al debido proceso".

En cuanto al derecho al trabajo, sostiene que no puede afirmarse que se vulnera por el hecho de que el Banco accionante se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado, como quiera que la entidad financiera tiene plena libertad empresarial en el sector privado además de un extenso campo para el desarrollo de su objeto social a nivel nacional e internacional. Agrega que por obra de los actos administrativos legalmente proferidos no es posible deducir violación o amenaza del mencionado derecho fundamental, de manera que, concluye, la consecuencia legal de la declaratoria de caducidad, es decir, la inhabilidad no puede ser enervada mediante el presente trámite.

Asevera que tampoco se desconoce el derecho a la igualdad del Banco accionante, ya que entre los accionistas de COMMSA "se cuentan entidades de derecho privado y de derecho público que tienen regímenes jurídicos diferentes, atendiendo la naturaleza y propósito de

cada una de ellas. Esto conlleva a que las personas jurídicas de derecho público no tengan una situación análoga a las personas jurídicas de derecho privado, razón por la cual una persona jurídica privada no puede pretender trato igual al de una persona jurídica de derecho público. A los accionistas de derecho privado se les dio igualdad de trato frente al procedimiento previo y frente a los efectos derivados de la caducidad." En lo que atañe al derecho fundamental al buen nombre afirma que su protección "se predica frente a vulneraciones o amenazas de medios de comunicación masivos que no es el caso del INVIAS".

También hace referencia a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar el asunto debatido, tales como la acción contencioso administrativa pertinente. Esta circunstancia determina, a su juicio, que la tutela proceda sólo eventualmente ante la presencia de un perjuicio irremediable, condición que no fue sustentada en la demanda y que además no se presenta conforme a los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional.

Después de un extenso análisis sobre los antecedentes de las resoluciones administrativas controvertidas y, en concreto, sobre la inhabilidad que soporta la sociedad accionante, argumenta que dicha consecuencia "no proviene de la voluntad particular y concreta de la Administración, sino de la voluntad impersonal, general y abstracta de la ley que prevé la inhabilidad como un efecto que sigue a la caducidad". Así mismo, explica que la alegada violación del principio non reformatio in pejus no tiene lugar cuando la administración simplemente declara lo que previamente ha establecido la ley, al respecto estima que, aún cuando INVIAS hubiese guardado silencio sobre las consecuencias que llevaba aparejada la caducidad del contrato, igualmente se hubiera generado la inhabilidad de los socios de COMMSA dada la naturaleza de ésta y conforme al literal C) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

4.2.2. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo del 15 de diciembre de 2000 concede el amparo solicitado por el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. "mientras la Jurisdicción contenciosa Administrativa dirime la controversia" y, en consecuencia, ordena a INVIAS "inaplicar en su integridad las resoluciones 2282 del 2 de

juicio del 2000 y 4260 del 24 de octubre de 2000”.

Las consideraciones del juez de tutela de primera instancia se resumen así:

Explica, en primer termino, que el mecanismo de la suspensión provisional del acto administrativo no excluye de plano el amparo de tutela como mecanismo transitorio y tampoco puede confundirse con aquel, ya que en cada caso las jurisdicciones competentes tienen un lindero bien definido. Así, manifiesta que lo que procede en este caso es la inaplicación temporal del acto controvertido para evitar un daño irreparable.

Expone el alcance del derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones administrativas y afirma que su vulneración tuvo lugar por cuanto “la decisión inicial de INVIAS no contempló la supuesta inhabilidad hacia la accionante BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. sino que la decretó frente al Contratista COMMSA de la cual es socia la demandante en esta acción.” Continua advirtiendo “[o]bsérvese que son dos personas jurídicas completamente diferentes, a las cuales no se les puede deducir una sanción inhabilitadora por extensión, en el momento en que se resuelve el recurso de reposición”.

Finalmente, motiva la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo y al buen nombre del Banco accionante. Respecto del primero de ellos, informa que la inhabilidad para contratar con el Estado durante un periodo de 5 años, es abiertamente injusta, más aún cuando no fue por asuntos relacionadas con el objeto social del Banco que se originó la caducidad. En relación con el segundo, asevera que el buen nombre y la imagen de la institución financiera se afecta con el irregular proceder INVIAS, así como aclara que la vulneración “no necesariamente depende de que el causante haya o no utilizado los medios masivos de comunicación, para desprestigiar la entidad, sino que el sólo hecho de verse cobijado por una determinación de inhabilidad, per se, causa desconfianza y le impide desarrollar libremente las actividades que sin la medida injusta pudiese desplegar”.

4.2.3. Impugnación.

La anterior decisión proferida por el juez de tutela de primera instancia, fue apelada por la entidad accionada -INVIAS-, la cual, mediante el mismo apoderado que la representó para este trámite dentro del proceso identificado con el radicado T-438775, expuso para recurrir el fallo de primera instancia argumentos sustancialmente idénticos a los resumidos en el

numeral 4.1.3 de esta providencia, a los cuales remite la Sala Plena.

Las sociedades accionantes, por medio de su apoderado, presentaron por su parte un escrito solicitando la confirmación del fallo recurrido, el cual se encuentra visible en el folio 182 del expediente.

4.2.4. Fallo de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, con ponencia de la Dra. Auristela Daza Fernández, resuelve27 "REVOCAR la sentencia impugnada y, en su lugar, NEGAR la acción de tutela incoada por improcedente." con base en los argumentos que a continuación se resumen.

Señala que las decisiones atacadas son actos administrativos que "se encuentran sujetos a control interno por parte de la propia administración a través de la vía gubernativa y también a control por la jurisdicción contenciosa administrativa, ante la cual, si el interesado lo estima pertinente, puede controvertirse la legalidad de los mismos, pudiendo obtener, si a ello hubiere lugar, la suspensión provisional de los mismos, lo que nos indica la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de medios judiciales de defensa contra dichos actos y, por ende, la improcedencia de la acción de tutela"

Precisa que tampoco se cumplen los requisitos para que el amparo proceda como mecanismo transitorio, en tanto no se estructura un perjuicio irremediable ni se configura violación de ninguno de los derechos fundamentales invocados ni del principio de non reformatio in pejus, "ya que en la resolución que declaró la caducidad del contrato, tanto en la parte motiva como en la resolutiva, se habla de las consecuencias que por ley se derivan de dicha declaratoria."28 De lo anterior concluye que "la inhabilidad si se mencionó y fue declarada dentro del acto administrativo que declaró la caducidad".

Pese a reconocer que no es de competencia del juez de tutela verificar si la sociedad contratista es o no de único objeto asimilable a un consorcio, afirma que al respecto adhiere a lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia del 4 de septiembre de 2000 (Folios 142 a 171 del cuaderno de anexos), documento en el cual, en criterio del juez de tutela, "dicha Corporación establece que la sociedad contratista es la del tipo de objeto único y la inhabilidad afecta a todos los que integran la sociedad,

salvo las entidades estatales”.

De la decisión mayoritaria del ad-quem se apartó la Magistrada Carmen Elisa Gnecco, por considerar que el juez de tutela sí tiene la facultad de disponer como mecanismo transitorio y mientras la jurisdicción contencioso administrativa decide, la inaplicación de un acto administrativo cuando se produce violación o amenaza de un derecho fundamental, como en efecto estima que sucedió en la actuación administrativa adelantada por INVIAS, en la que al resolver un recurso de reposición declaró la inhabilidad de los accionistas de COMMSA S.A. En consecuencia, manifestó que ha debido confirmarse la decisión del a-quo.

4.3. Expediente T-445010.

4.3.1 Solicitud de nulidad presentada por la entidad pública accionada.

Con posterioridad a la admisión de la demanda de tutela (folio 21), la parte accionada -INVIAS-, mediante apoderado y en lo que denominó “incidente de nulidad”, alegó la falta de competencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla para aprehender el conocimiento de la acción impetrada por las sociedades GERCON S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A. y CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A.

Como sustento normativo de su solicitud, hizo referencia al artículo 140 del C.P.C., así como al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 conforme al cual “[s]on competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.” Según la interpretación de la apoderada de INVIAS, “las autoridades judiciales de Barranquilla, de cualquier nivel y jurisdicción, carecen absolutamente de competencia para conocer de cualquier presunta vulneración o amenaza generada hipotéticamente por un acto administrativo proferido en sede administrativa localizada en Bogotá D.C.” como lo son las resoluciones administrativas que las sociedades accionantes controvierten.29

Por su parte, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante auto proferido el 29 de noviembre de 2000, negó la solicitud aludida por considerar que los trámites de tutela “no están sujetos a las formalidades propias del derecho procesal”. En el entendido de que se encontraba resolviendo un recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda de tutela, el Juez de primera instancia afirmó que no es posible invocar razones de tipo

formal que puedan demorar o dilatar el trámite del amparo, así como puso de presente que el único recurso que procede dentro de ésta actuación es el de apelación del fallo de fondo.

4.3.2 Fallo de primera instancia.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del 6 de diciembre de 2000, concede la tutela como mecanismo transitorio y ordena "que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión no se le de aplicación a la resolución 004260 del 24 de octubre del 2000 en lo que se refiere a la decisión de inhabilitar a las sociedades GERCON S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A.", todo ello con base en los argumentos que se resumen enseguida.

Luego de hacer algunas anotaciones en relación con los requisitos de procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, sobre la definición de perjuicio irremediable y sobre los derechos fundamentales invocados por las sociedades accionantes; el Juez Tercero Penal del Circuito de Barranquilla concluye que, estudiadas las resoluciones controvertidas, en ninguna de ellas INVIAS se pronunció expresamente sobre la inhabilidad de los socios de COMMSA S.A., para que así los accionantes "tuvieran claridad meridiana sobre su afectación por obra de la inhabilidad y pudieran defenderse de dicha decisión cuando presentaran ante el Instituto Nacional de Vías el correspondiente recurso de reposición.".

Afirma que INVIAS omitió motivar la decisión de inhabilitar a los socios de COMMSA S.A., afectando, en consecuencia, los derechos, libertades e intereses de aquellos. A este respecto agrega que la motivación de los actos administrativos es una expresión del principio de publicidad, recogido en el artículo 209 de la Constitución Política, y se relaciona, además, con el concepto de Estado social de derecho también definido en la Constitución, en la medida que permite y facilita el control judicial sobre dichos actos.30

De lo anterior concluye que el derecho al debido proceso de las sociedades accionantes fue vulnerado en la actuación administrativa controvertida. Así mismo, considera que la vulneración se hace extensiva sobre el derecho al trabajo por impedírseles a las accionantes contratar con el Estado por el término de 5 años.

En relación con el derecho al buen nombre, en cambio, estima que no se vulneró por INVIAS,

ya que esta entidad “no ha propagado entre el público en forma directa y personal o a través de los medios de comunicación de masas, informaciones falsas o erróneas”.

4.3.3 Impugnaciones.

4.3.3.1 Instituto Nacional de Vías –INVIAS-.

El Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, mediante apoderado, recurrió el fallo de primera instancia en los siguientes términos:

Reitera, que el juzgado de primera instancia es, en su criterio, incompetente para tramitar y resolver la acción de tutela. Al respecto recalca los argumentos que expuso ante el juzgado con posterioridad a la admisión de la demanda (4.3.1.).

Previendo que el ad-quem no acoja la tesis anterior y, en consecuencia, no acceda a declarar la nulidad de lo actuado, argumenta que la tutela en estudio resulta en todo caso improcedente. Considera que el debate planteado es típicamente legal en tanto está de por medio la interpretación diversa sobre normas de la Ley 80 de 1993, que en criterio de la entidad pública accionada, son claras en expresar que “caducado un contrato de concesión suscrito por una sociedad de objeto único, deviene por voluntad legal, la inhabilidad para los socios de la sociedad concesionaria por efecto de la solidaridad prevista por la propia ley.”31

Afirma que el juez de tutela de primera instancia no tomó en cuenta los conceptos de los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Libardo Rodríguez Rodríguez, con base en los cuales habría podido concluir que “frente a la inhabilidad no hay debido proceso y que la misma es un efecto que opera por mero ministerio de la ley” y que “las exigencias legales para declarar la caducidad fueron satisfechas”. Así mismo, alega que el a-quo inadvirtió al resolver, la providencia de Consulta proferida por el Consejo de Estado en relación con el tema.

Alega que en el fallo de primera instancia no se hizo análisis alguno sobre los requisitos de procedencia del amparo como mecanismo transitorio, pues no se probó la existencia de un perjuicio irremediable ni se desvirtuó la idoneidad de la acción contenciosa para proteger los derechos invocados. Sobre este tema agrega que los derechos fundamentales que

resultaron amparados (debido proceso y trabajo), de insistirse en que fueron vulnerados, pueden ser reparados en la medida en que “las fallas en el procedimiento son esencialmente remediables” y el alcance de las resoluciones de caducidad jamás llegan a impedir el derecho al trabajo sino que limitan la posibilidad de participar en licitaciones a las sociedades accionantes, las cuales, a su juicio, no son titulares de éste derecho fundamental. En este sentido concluye y reitera que “[e]l hecho de que un derecho se pueda restablecer, excluye claramente la condición de perjuicio irremediable que la ley exige para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio”.

La apoderada de INVIAS, concluye reiterando los argumentos expuestos por esta entidad, en la impugnación presentada dentro del proceso identificado con el radicado T-438775, los cuales ya fueron consignados en el numeral 4.1.3 de esta providencia.

4.3.3.2 Procurador Judicial para Asuntos Penales No. 47 de Barranquilla.

Por su parte, el Procurador Judicial para Asuntos Penales No. 47, actuando en la calidad de Agente Especial del Ministerio Público, conforme a la designación efectuada en este sentido por la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales (Folio 819 y 820), impugnó (Folios 841 a 844) también la decisión de primera instancia y solicitó su revocación, por considerar que al Juez Tercero Penal del Circuito de Barranquilla no le asistía competencia para conocer del trámite conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. También adujo que debido a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la acción contencioso administrativa respecto de los actos acusados, la acción de tutela es improcedente, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, lo cual, afirma, no fue probado en la actuación.

Las sociedades accionantes, por medio de su apoderado, presentaron por su parte un escrito solicitando la confirmación del fallo recurrido, el cual se encuentra visible en el folio 22 del cuaderno 2 del expediente.

4.3.4. Fallo de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con ponencia del Magistrado Luis Peñaranda Stegmann, resolvió los recursos de apelación confirmando los numerales 1 y 2 de la parte resolutiva de la providencia recurrida, mediante los cuales se

ampararon los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo de las sociedades accionantes, al tiempo que dispuso revocar el numeral 3 mediante el cual se había negado el amparo del derecho fundamental al buen nombre y, en su lugar, dispuso concederlo "también como mecanismo transitorio".

Para despejar el primero de los reparos expuestos por los recurrentes, relacionado con la supuesta falta de competencia del juzgado de primera instancia, el ad-quem explica que para determinarla no siempre debe tomarse en cuenta "el sitio en que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyectan en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar -por ejemplo, la capital de la República- y llevar a cabo sus actos allí, ejerce autoridad en todo el territorio nacional" en consecuencia concluye que "no es correcto afirmar que el sitio de la supuesta violación de estos derechos coincida necesariamente con el de la expedición del acto.".

Al respecto, afirma que las resoluciones expedidas por INVIAS sobre las cuales recae la controversia, "producen sus efectos en Barranquilla" donde las sociedades accionantes tienen su domicilio principal y por lo tanto el Juez Tercero Penal del Circuito de Barranquilla es competente para conocer de la primera instancia y el Tribunal para decidir la impugnación.

Sobre los argumentos de fondo, sostiene que observadas las resoluciones administrativas cuestionadas, concluye que "INVIAS pasó por alto los principios de imparcialidad, publicidad y contradicción, orientadores de las actuaciones administrativas según mandato del artículo 3o. del C.C.A. e integrantes del debido proceso y la defensa como derechos fundamentales". Lo anterior tuvo lugar, en su criterio, por cuanto en la parte motiva del acto administrativo proferido para resolver los recursos de reposición contra aquel por medio del cual se caducó el contrato, se decidió inhabilitar a los socios de la concesionaria COMMSA dejándolos, en consecuencia, sin la posibilidad de pronunciarse al respecto.

De otro lado, reconoce la existencia de otro mecanismo judicial, por lo que procede a argumentar la existencia de un perjuicio irremediable. Al efecto, hace mención a la gravedad de la inhabilidad "que pesa sobre los socios de COMMSA" al no poder contratar con el Estado

por un término de 5 años, lapso de tiempo que podría ser superado por el que le toma a la jurisdicción contenciosa resolver el litigio; por lo que advierte “la necesidad de adoptar medidas inminentes que se compadezcan con la urgencia de los accionantes”, tal como opera el amparo de tutela, el cual no excluye la utilización del mecanismo ordinario de manera simultanea.

En relación con el derecho fundamental al trabajo, considera que no puede considerarse a salvo por el hecho de que las sociedades accionantes puedan llevar a cabo su objeto social con personas o entidades diferentes del Estado. Así mismo, respecto del derecho fundamental al buen nombre, estima que el hecho de afectar a las sociedades accionantes con una inhabilidad impuesta de plano, genera desconfianza, al punto de impedirles desarrollar con libertad sus actividades.

En este orden de ideas, ordena la inaplicación parcial de los actos administrativos controvertidos, únicamente respecto de los socios de COOMSA. De otra parte, se abstiene de ordenar la inaplicación total de los mismos, atendiendo “que las omisiones postuladas se refieren a los socios más no a COMMSA.” Por último advierte que las ordenes impartidas permanecerán vigentes hasta que la jurisdicción contencioso administrativa decida la controversia planteada, “siempre y cuando la demanda de rigor se presente dentro de los 4 meses a partir del fallo de tutela.”.

De la decisión mayoritaria del ad-quem se apartó el Magistrado Humberto Jaime Contreras, quien consideró que “la tutela no es el mecanismo apropiado para resolver el asunto, en tanto existe una vía judicial idónea de reclamación y no estamos en presencia de un perjuicio irremediable”.

4.4. Expediente T-458915.

4.4.1 Contestación de la demanda.

La entidad pública accionada, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de las sociedades accionantes WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. Y CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. exponiendo los argumentos que se resumen enseguida:

Adujo la inexistencia de un perjuicio irremediable así como advierte que quien lo alega omitió

cumplir con la carga probatoria de demostrar su ocurrencia mediante los medios pertinentes. Afirmación que sustenta con la transcripción de apartes de las sentencias C-531 de 1993 y la T-424 de 1996.

Con argumentos muy similares a los expuestos por otros representantes de INVIAS en los trámites de tutela atrás reseñados (en especial el resumido en el 4.1.3 de esta providencia), afirma que respecto de ninguno de los derechos invocados se configura un perjuicio irremediable. En iguales términos, insiste en que las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho fundamental al trabajo y en apoyo transcribe apartes de la sentencia T-568 de 1992.

Explica igualmente que el efecto de la inhabilidad consiste en privar a las sociedades afectadas de la posibilidad de contratar con el Estado por un término preciso, lo cual no las imposibilita para desarrollar su objeto social en la medida que el Estado no es la única fuente de contratos.

También repite la tesis según la cual la inhabilidad no proviene de los actos administrativos controvertidos, sino de la ley misma que la señala como efecto propio de la declaratoria de caducidad, extensivo a los socios del contratante cuando éste se trate de un consorcio o una sociedad de objeto único.

Con base en la cita y transcripción de jurisprudencia32, argumenta que el asunto planteado se circunscribe a temas de legalidad relacionados con la ejecución contractual. Para recabar sobre la naturaleza legal del debate, asevera que las sociedades accionantes no exponen un caso de violación directa en inmediata de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al buen nombre.

Explica, al igual que el apoderado de INVIAS que representó a la entidad en la impugnación del proceso identificado con el radicado T-438.775 (4.1.3), que de concederse la tutela, la suspensión total de las Resoluciones administrativas enervaría decisiones que dejarían en absoluta indefensión a la entidad pública. Trae a colación el mismo ejemplo, según el cual, se estaría suspendiendo el recaudo de la suma de U$D 137´100.000.oo que es el valor de la cláusula penal, así como, advierte que los valores que resulten de la liquidación del contrato de concesión resultarían inoponibles a los socios de COMMSA.

Siguiendo el hilo argumentativo resumido en el numeral 4.1.3 de esta providencia, el apoderado de INVIAS explica que la alegada vulneración del derecho fundamental al debido proceso de las sociedades accionantes, tendría lugar únicamente si se entiende que "todas las entidades estatales que realizan contratos con sociedades de objeto único o con consorcios o uniones temporales, tengan que hacer caso omiso de la representación legal de las sociedades y el representante de los consorcios y las uniones temporales, debiéndose entender en particular con todos y cada uno de los socios y miembros de éstas y aquellos."33 Interpretación que califica de absurda y contraria a la ley que regula el régimen de la persona jurídica y su forma de llevar a cabo la representación legal, en especial, en lo referido al consorcio y la representación de éste.

Finaliza con un extenso análisis encaminado a justificar la decisión de inhabilitar a los socios de COMMSA, y establecer la naturaleza jurídica de la figura, concluyendo que el tema, en general, "excede por mucho el campo de la protección constitucional, para implicar asuntos de legalidad e interpretación de la ley que señalan a la tutela como improcedente"

Posterior a la admisión de la demanda y antes del fallo de primera instancia, las sociedades accionantes, mediante nuevo apoderado, agregan algunas consideraciones, a propósito de la contestación de la demanda del ente accionado, la cuales se encuentran visibles en el folio 255 del cuaderno 1 del expediente.

4.4.2 Fallo de primera instancia.

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 20 de febrero de 2001, resolvió "NO TUTELAR los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD Y AL BUEN NOMBRE, invocados por las sociedades WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. y CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A." decisión que estuvo sustentada en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

Del estudio sobre el marco establecido por la Constitución y la Jurisprudencia34 de esta Corte en relación con el derecho fundamental al debido proceso, así como del análisis de la actuación que precedió a los actos administrativos controvertidos y del contenido de los mismos, el juez de primera instancia concluye que no hubo vulneración de dicho derecho, como quiera que conforme al artículo 8 de la Ley 80 de 199335, "no era preciso que se hiciera una manifestación expresa respecto de las consecuencias legales que la declaratoria

de caducidad conlleva, para que las accionantes hubieran ejercido su derecho de defensa con la interposición oportuna del recurso que la ley tiene previamente establecido para este caso, en relación con la inhabilidad.”.

Advierte que las sociedades accionantes tuvieron conocimiento de la inhabilidad que las afectaba, porque de hecho la controvirtieron mediante el recurso de reposición contra la resolución que declaró la caducidad, una de ellas como impugnante y la otra como coadyuvante del mismo.

Aclara que no es competencia del juez de tutela determinar la legalidad de los actos administrativos proferidos, y sobre los efectos de éstos en relación con la sociedad WACKENUT DE COLOMBIA S.A., la cual alega no deberlos soportar por haber cedido su participación en COMMSA S.A. a la CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., hace mención al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para afirmar que los contratos administrativos, por ser intuitu personae, requieren que su eventual cesión se comunique y autorice por el contratista para que surta los efectos legales.

Afirma que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho junto con la suspensión provisional de los actos administrativos, es el mecanismo mediante el cual las sociedades demandantes pueden ventilar sus pretensiones de que se inapliquen las resoluciones administrativas cuestionadas.(artículos 84 y 152 del C.C.A., subrogados por los artículos 14 y 31 del Decreto 2304 de 1989)

De otro lado, transcribe extensos apartes de las sentencias T-022 de 1995 y la C-543 de 1992, con el fin de reafirmar las características de la acción de tutela y los requisitos de procedencia como mecanismo transitorio, y recalca que, en el caso en estudio, no se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable.

Concluye afirmando que probada la no vulneración del derecho fundamental al debido proceso, puede deducirse que los demás derechos invocados tampoco resultaron conculcados, además, porque las sociedades accionantes, “a pesar de las sanciones impuestas, pueden seguir contratando con entidades de derecho privado, pues a partir de los actos administrativos proferidos por la accionada, únicamente quedan inhabilitadas para contratar con el Estado y como ya se dijo, no se puede establecer que éste, el Estado, sea la única fuente de sus ingresos”.

4.4.3 Impugnación.

Las sociedades accionantes, mediante apoderado, recurren el fallo de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

El representante de las sociedades accionantes afirma que con posterioridad al requerimiento efectuado por el juez de primera instancia a la entidad pública accionada para que remitiera "copia de la documental que se tuvo como base para adoptar las decisiones proferidas mediante las Resoluciones 002282 del 2 de junio de 2999 y 004260 del 24 de octubre de 2000" INVIAS no la envió completa, ya que omitió allegar el concepto rendido por uno de sus asesores legales Dr. Edmundo Del Castillo del que transcribe y resalta los siguientes apartes36:

"La normatividad vigente en momento alguno establece que la inhabilidad que se predica de una sociedad que se constituyó como consecuencia de la adjudicación de un contrato, sea extensible a sus socios."

(…)

"En el caso en estudio, la inhabilidad para contratar que se deriva de la declaratoria de caducidad del contrato, única y exclusivamente a COMMSA y no a sus socios, mientras que las consecuencias pecuniarias que implica tal declaración son exigibles así mismo, a todos sus socios." (destacado y subrayas del impugnante)

Con base en lo anterior, afirma que la resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato no inhabilitó a los socios de COMMSA y de su texto no es posible deducir ese efecto, como tampoco fue esa la intención inicial de INVIAS, entidad pública que, asevera, sólo ahora pretende hacer creer que la inhabilidad es una consecuencia legal para los accionistas cuando sólo lo es respecto de la concesionaria contratista conforme al artículo 8 del la Ley 80 de 1993.

Así mismo, hace referencia a un oficio37 mediante el cual el jefe de la oficina jurídica de INVIAS contestó un derecho de petición elevado por algunos accionistas señalando que "…es claro que la única inhabilitada es la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio COMMSA S.A.".

Argumenta que el Juez de primera instancia, comete un grave error al concluir que no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso conforme a lo expresado por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993. En este sentido aclara que la norma mencionada, en la parte pertinente, considera inhábiles a: “i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.” Y no así a los socios integrantes de sociedades de capital como lo es COMMSA S.A., los cuales a su vez, también son sociedades de capital en el presente caso.

Sobre este punto agrega que ninguna de las causales de inhabilidad que el artículo mencionado dispone es aplicable a las sociedades que representa, mucho menos cuando ellas no dieron lugar a la declaratoria de caducidad y, por el contrario, cumplieron con todas las obligaciones a su cargo.38

Así mismo, señala que el régimen de inhabilidades es restrictivo y no admite interpretaciones analógicas como las que, en su criterio, hace INVIAS, punto sobre el que, para sustentar su afirmación, transcribe apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de noviembre de 1993 (Expediente S-216) como de la sentencia C-415 de 1994.

Reitera que las declaraciones expresadas en la resolución No. 002282 se refirieron de manera exclusiva a COMMSA y, en cuanto a los socios, sólo los hace responsables solidariamente desde la perspectiva patrimonial. Explica que al advertir que no se había declarado la inhabilidad respecto de los accionistas, la entidad accionada procedió a consultar al Consejo de Estado sobre el tema, y éste conceptuó “que la inhabilidad se hace extensiva a los accionistas por efecto de la solidaridad” tesis que fue acogida en la resolución No. 004260 por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición.

Afirma que el despacho de primera instancia comete un grave error al aseverar que las sociedades accionantes controvirtieron el tema de la inhabilidad en el recurso de reposición interpuesto contra la declaración de caducidad, ya que para ellas era claro que no estaban inhabilitadas. Para demostrarlo, dice allegar copia autentica de la impugnación presentada en esa oportunidad.

De igual modo, controvierte los argumentos del a-quo según los cuales tratándose de contratos estatales que se celebran intuitu personae, no podía WACKENHUT DE COLOMBIA

S.A. ceder su participación en COMMSA S.A. a la CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. Al respecto manifiesta que basta el certificado o título de acciones que acredite a esta última como accionista, del cual se entregó copia autentica a INVIAS con anterioridad a la resolución que declaró la caducidad del contrato. En todo caso, considera que este "no es tema objeto de la acción de tutela, puesto que no es tema de discusión frente a los derechos fundamentales violados".

No obstante, explica los detalles de la referida cesión, y hace referencia al sustento normativo de la misma (artículo 379 del Código de Comercio), para concluir que el carácter de intuitu personae se mantenía incólume, "a la luz del artículo 41 de la Ley 80 de 1993".

Argumenta la violación del derecho a la igualdad, explicando que INVIAS se contradice cuando en la segunda de las resoluciones excluye de la sanción a las entidades estatales cuando estás, al igual que los demás socios de COMMSA, nunca se las mencionó en la primera de las decisiones.

En cuanto al derecho al buen nombre y la honra de las sociedades accionantes, cita algunas informaciones difundidas por los medios y patrocinadas por la forma arbitraria y confusa como ha procedido INVIAS, con las cuales, afirma, se han causado graves perjuicios al "good will" de las sociedades afectadas ya que con la inhabilidad declarada en su contra, "las entidades financieras y crediticias con las cuales desarrolla negocios, cierran sus puertas haciendo extremadamente gravosa su situación de pago, bloqueando nuevos créditos y exigiendo costosas garantías que, de no ser por la arbitraria actitud del INVIAS, jamás se hubieran ocasionado." Agrega que por más de veinticinco años WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. ha prestado sus servicios y ejecutado contratos estatales cumpliendo siempre a cabalidad.

En relación con el derecho al trabajo, informa que en el caso particular de WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., ésta sociedad resultó adjudicataria de un contrato con el IDU, el cual con posterioridad la entidad pública se abstuvo de suscribir a causa de la inhabilidad decretada irregularmente por INVIAS (folio 371 y ss). Así mismo, hace una relación de contratos en donde la mencionada empresa es contratista del Estado, para después aseverar que dichos negocios, como consecuencia de la inhabilidad, llevarían a WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. a cederlos forzosamente conforme al artículo 9 de la Ley 80 de 1993 que trata la hipótesis de

las inhabilidades sobrevinientes. En este mismo sentido señala que es necesario tener en cuenta otras eventuales consecuencias derivadas de dicha cesión forzosa de los contratos conforme a los siguientes hechos:

* En cuanto al personal contratado para la ejecución de los contratos a los cuales ha hecho referencia, solicita tomar en cuenta que en desarrollo del objeto de los mismos han sido vinculadas por contrato de trabajo aproximadamente 800 personas y, como prueba, adjunta la certificación expedida por la Jefe del Departamento de Salarios de la sociedad (folio 605).

* Que para la ejecución de los contratos relacionados, la sociedad referida se vio obligada a obtener recursos de crédito del sistema financiero por un monto aproximado a nueve mil millones de pesos ($9.000.000.000) suma que se amortiza con la contraprestación de los servicios relacionados con la actividad contractual.

* Que para la ejecución de los contratos se constituyeron garantías y seguros y se celebraron a su vez contratos con proveedores, cuya ejecución afectaría económicamente a todas las partes.

Lo anterior, en criterio del apoderado, demuestra además con claridad la existencia de un perjuicio irremediable, que justifica la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.39

Finalmente concluye que de persistir la inhabilidad irregularmente decretada ello significaría “la muerte comercial de WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.” como quiera que el 95% de los ingresos dependen de la contratación con entidades públicas.

La entidad pública accionada, se refirió a los argumentos expuestos en la impugnación, por medio de un escrito visible en el folio 611 cuaderno 1 del expediente.

4.4.4. Fallo de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, con ponencia de la Dra. Natalia Contreras de Quevedo y mediante fallo del 6 de abril de 2001 resolvió “CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”. Los argumentos que expuso el ad-quem fueron las siguientes:

Como consideración previa, explica que “cuando la administración aplica la ley según consideraciones funcionales-orgánicas y demás para el caso específico, tal situación jurídica no puede generar o dar lugar a que se considere que se configura una vía de hecho que haga viable la acción de tutela.”; a menos que el accionante demuestre con claridad la vulneración del derecho fundamental al debido proceso o que se pueda establecer con certeza que la presunción de legalidad de los actos se encuentra seriamente cuestionada porque la administración adoptó una decisión sin ningún tipo de fundamento serio, objetivo y razonable producto de su simple voluntad capricho y arbitrio.

Señala que la jurisprudencia de esta Corte ha indicado en qué consiste la competencia específica y limitada del Juez Constitucional y al efecto transcribe apartes de las sentencias T-423 de 1992 y T-001 de 1992. Así mismo indica que por medio del trámite del amparo no es posible declarar derechos litigiosos o dirimir controversias legales y en apoyo de su afirmación transcribe apartes de las sentencias T-317 de 1993, T-594 de 1992 y T-439 de 1995. (Sobre este tema cita también el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991)

Así las cosas, concluye que del estudio del debate planteado por las partes mediante los respectivos escritos así como de las resoluciones controvertidas advierte que se trata de “cuestiones eminentemente legales ya en cuanto a su interpretación ora en cuanto a su aplicación”. Por lo que no corresponde, entonces, al juez constitucional, dilucidar si definitivamente la inhabilidad puede o no, según la interpretación de cada extremo en conflicto, ser declarada respecto de los socios de la concesionaria.

Finalmente, insiste en que atendidas la consideraciones atrás expuestas sobre la competencia del juez de tutela, el amparo no está llamado a prosperar y, por otra parte, considera que la supuesta ilegalidad o arbitrariedad no proviene de las resoluciones cuestionadas en tanto ellas se encuentran soportadas “en disquisiciones eminentemente conceptuales legales-especializadas y no de orden constitucional.”.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, es competente para conocer de las acciones instauradas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 y en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política y conforme a los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, con base en la selección de los respectivos expedientes, la acumulación decretada y la determinación de ser decididos en Sala Plena.

1. La materia sujeta a examen.

El presente proceso de revisión versa sobre los fallos proferidos por los jueces de tutela de instancia, mediante los cuales se resolvieron las acciones presentadas por algunos socios de la denominada concesionaria del Magdalena Medio COMMSA S.A., quienes alegan la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y buen nombre, a causa de la actuación administrativa llevada a cabo por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- que concluyó con la declaratoria de caducidad del contrato celebrado con aquella (Resolución 002282 de 2000) y su confirmación (Resolución 4260 de 2000) al resolver los recursos de reposición que contra esa decisión se interpusieron en la vía gubernativa.

En cuanto a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, las sociedades accionantes alegan que la inhabilidad que soportan para contratar con el Estado no fue declarada de manera expresa en la resolución que declaró la caducidad del contrato y, en consecuencia, no pudieron controvertirla al momento de interponer los recursos de reposición en la vía gubernativa.

Respecto del derecho al trabajo, aseguran que se vulnera en la medida en que la inhabilidad irregularmente impuesta, a su juicio, les impide desarrollar su objeto social, con todo lo que

ello comporta, durante cinco (5) años. Así mismo, sobre al derecho a la igualdad argumentan que en la actuación administrativa no se otorgaron las mismas garantías a todos los involucrados.

Y, por último, en cuanto al derecho al buen nombre, insisten en que toda la situación litigiosa ha afectado la imagen de empresas responsables de las sociedades accionantes.

La Corte, en primer término, debe analizar la procedibilidad de la tutela, conforme a los criterios definidos por su jurisprudencia y en la propia ley, para así establecer si el supuesto planteado y su solución permiten concederla de manera transitoria, atendidas las circunstancias particulares del caso, tal como se propone por algunas de las sociedades demandantes.

Es así como, sin perder de vista que el origen de la vulneración planteada tiene lugar con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, que para su solución, por principio, tiene dispuesto en la ley un mecanismo judicial en la jurisdicción contencioso administrativa, debe examinarse si este puede ser desplazado por el mecanismo subsidiario y residual de la tutela en el evento en que se verifique la efectiva vulneración de derechos fundamentales que deban ser amparados a través de este mecanismo, una vez definido que la controversia planteada por las sociedades accionantes trasciende al ámbito de lo constitucional.

Por lo tanto, debe resolverse si se causa un perjuicio irremediable a las personas jurídicas cuando se les inhabilita para contratar con el Estado como consecuencia de actuaciones administrativas violatorias del derecho fundamental al debido proceso.

Por otra parte, del estudio de los expedientes, se plantean dos situaciones que, por presentarse de manera particular y no coincidente en los demás procesos acumulados, habrán de ser definidas de manera previa. Ellas son: i) La supuesta irregular representación judicial de las sociedades extranjeras, argumentada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para revocar el fallo de tutela de primera instancia dentro del proceso radicado como T-438775 y ii) La supuesta incompetencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla para conocer de la acción de tutela identificada con el radicado T-445010, argumentada por la entidad pública accionada como incidente de nulidad antes de

que se profiriera el fallo de primera instancia y por el Agente Especial del Ministerio Público designado para dicho proceso mediante el recurso de apelación interpuesto contra aquella decisión judicial.

De esta manera, procede la Corte a resolver conforme al orden planteado anteriormente.

3. Precisiones previas al análisis de fondo.

3.1 La representación judicial de las sociedades extranjeras.

Como se mencionó, la Corte hará claridad sobre este punto, debido a que las sociedades accionantes dentro del proceso radicado como T-438775 son sociedades extranjeras que para efectos de impulsar el trámite de tutela fueron representadas por un apoderado judicial acreditado de acuerdo con el inciso final del artículo 65 del C.P.C., y en atención a que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá revocó el fallo de tutela de primera instancia en dicho proceso aludiendo irregularidades en este sentido.

En efecto, el mencionado fallo de tutela de segunda instancia al que se ha hecho referencia, argumentó que la representación de las sociedades accionantes se encontraba viciada, ya que por tratarse de firmas que se encontraban llevando a cabo negocios permanentes en Colombia, su representación judicial debía hacerse conforme al artículo 48 del C.P.C.

Para la Corte las personas jurídicas referidas, por el hecho de suscribir un contrato de sociedad y actuar como accionistas de una sociedad constituida conforme a las leyes nacionales como COMMSA S.A. -que fue la que directamente intervino como contratista- no están obligadas a constituir una sucursal ni apoderados conforme a los preceptuado por el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.

El cumplimiento de dicha obligación –la de constituir sucursales y apoderados-, está referido a quienes participan de manera directa en la contratación pública y no a quienes actúan como accionistas de aquel.

Además, sobre el concepto de la permanencia en los negocios la conclusión debe sujetarse a lo previsto por el artículo 474 del Código de Comercio para el efecto y, en todo caso, a lo que certifique la Cámara de Comercio sobre el particular.

Así, pues, mediante auto del 20 de septiembre de 2001, se solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá, que informara si en relación con las sociedades ACS, ACTIVIDADES DE CONTRUCCION Y SERVICIOS S.A. y SOCIEDAD ANONIMA CAMINOS Y REGADIOS SACYR S.A., existe la inscripción de un extracto de documentos en los que se de cuenta de la existencia y representación de tales personas jurídicas y del correspondiente poder en favor del algún representante en Colombia, tal como opera respecto de quienes llevan a cabo negocios permanentes en el país, a lo cual se contestó indicando que dichas sociedades "no se encuentran matriculadas en esta Cámara de Comercio", por lo que se concluye que los actos de apoderamiento en favor del representante judicial que intervino en las acciones de tutela se encuentran debidamente diligenciados. En ellos se allegó el certificado de existencia y representación de las sociedades españolas, el cual a su vez fue avalado por el consulado colombiano en España, de manera que puede afirmarse que existe legitimidad en la causa e interés en quien intervino en la actuación judicial y no proceden los reparos expuestos en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito de Bogotá.

Vale advertir que el artículo 22.4 de la Ley 80 de 1993, regula la forma como debe llevarse a cabo la representación judicial y extrajudicial de las personas jurídicas privadas extranjeras que no tienen sucursales en Colombia y que intervienen de manera directa para presentar propuestas y celebrar contratos estatales, a ellas se les exige "acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para presentar la propuesta y celebrar el contrato, así como para representarlas judicial y extrajudicialmente". No resulta razonable, entonces, que el requisito de constituir una sucursal y apoderados no se exija a las personas jurídicas extranjeras para participar como accionistas de una sociedad contratista del Estado, pero si para llevar a cabo la representación judicial que ahora se pretende.

Ahora bien, la Corte ha reconocido en múltiples ocasiones la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas extranjeras en los siguientes términos:

"Las personas jurídicas pueden instaurar la acción de tutela. Este derecho no queda afectado por la circunstancia de que la personería jurídica se hubiere adquirido fuera del país. Lo importante es que esté vigente. Siendo ello así, la tramitación de la garantía no se puede negar porque este amparo se ha establecido en la Constitución Política para todas las personas a quienes se les vulnere o amenace un derecho fundamental."40

Del mismo modo ha expresado que:

“A las personas jurídicas extranjeras, se aplica igualmente la regla general que rige sobre la titularidad de derechos fundamentales y la legitimación para interponer la acción de tutela enunciada respecto de las personas jurídicas en general. Adicionalmente, en este caso, se aplican las normas constitucionales que, por razones de orden público, facultan al legislador para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.”41

En consecuencia, con base en los argumentos expuestos, la Corte desestima las consideraciones expuestas por el juez de tutela de segunda instancia dentro del proceso radicado como T-438775, en relación con la supuesta irregular representación de las sociedades extranjeras accionantes. Sobre el punto no sobra advertir que la verificación sobre la legitimidad e interés de quien actúa en el proceso de tutela, no es un simple requisito carente de fundamento constitucional, sino que corresponde a un análisis necesario y elemental para la correcta identificación de los sujetos procesales que intervienen y que en últimas van a resultar afectados por la decisión del juez, lo cual no puede ser dejado de lado con el argumento de que la informalidad del trámite permite obviar estas circunstancias.

En punto a la titularidad de los derechos fundamentales en las personas jurídicas, más adelante se expondrán algunas precisiones adicionales.

3.2 La competencia del juzgado tercero penal del circuito para conocer de la acción de tutela radicada como T-445010.

En relación con este asunto, la entidad pública accionada y el designado agente especial del Ministerio Público para el proceso referido, alegaron la incompetencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla para conocer de la acción de tutela.

Al efecto argumentaron que, conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, la autoridad judicial competente es aquella del domicilio donde ocurriere la violación que para el caso presente tuvo lugar, a su juicio, por las resoluciones administrativas proferidas en Bogotá. Por su parte el Ministerio Público agregó que el artículo 1o. del Decreto 1382 de 2000 ratificó esa competencia a prevención al establecer las reglas para el reparto de la acción “distribuyendo a los jueces del lugar de la ocurrencia de los

hechos, el conocimiento para el trámite de las mismas.”

Así las cosas, la Corte debe precisar el estado de la fuente normativa sobre la cual se edifican estos argumentos, en concreto, el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000. Al respecto, es preciso informar que el decreto mencionado fue suspendido por el Presidente de la República mediante el Decreto 404 del 14 de marzo de 2001 en razón a los “innumerables conflictos de competencia derivados de las diversas interpretaciones dadas al mismo”, decisión cuya vigencia se limitó en la parte resolutiva a un (1) año de duración y se condicionó a la decisión del Consejo de Estado sobre dicha norma, la cual se tomó mediante providencia del 18 de julio de 2002 42, avalando la legalidad del referido decreto, salvo algunos apartes.

Esta circunstancia haría suponer la vigencia de la norma invocada por los impugnantes para justificar la incompetencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, no obstante, es necesario advertir que en relación con el mencionado Decreto 1382 de 2000 la Corte decidió inaplicar su artículo 1 por considerarlo abiertamente inconstitucional mediante el Auto 085 de 2000 y extendió su decisión a todos los asuntos con idénticos supuestos de hecho -efectos inter pares- a través del Auto 071 de 2001, criterio que mantuvo su vigencia mientras estuvo suspendida la norma y hasta tanto el Consejo de Estado no decidió de manera definitiva sobre la legalidad de la misma, de manera que el reparo por la supuesta incompetencia no tenía una fuente normativa que lo soportara de manera satisfactoria.

“… no siempre se define la competencia por el sitio en el que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto asuntos cuyos efectos apenas se proyectan en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar –por ejemplo- la Capital de la República- y llevar a cabo sus actos allí, ejerce autoridad en todo el territorio nacional.”43

Con base en estos argumentos se puede concluir que la alegada incompetencia de los jueces de instancia en el proceso de tutela radicado como T-445.010 no tiene fundamento.

4. Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

Como se anticipó al inicio del presente estudio, la Corte debe resolver sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso sub examine como mecanismo transitorio, dado que, existe

un medio de defensa judicial ordinario para ventilar lo relacionado con los actos de carácter administrativo44.

De manera que, en torno de la posibilidad de controvertir el contenido de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la ejecución de un contrato estatal, es necesario reconocer que su control y juzgamiento, por principio, debe llevarse a cabo en la vía gubernativa a través del recurso de reposición –a excepción del acto de adjudicación- y, agotada ésta, ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción contractual, o bien la de nulidad y restablecimiento del derecho, según la naturaleza del acto cuestionado, según lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y las previsiones del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a la posibilidad de efectuar la impugnación de los actos previos a la ejecución del contrato de manera separada o como fundamento de la nulidad absoluta una vez iniciada la ejecución del mismo, asunto sobre el que la jurisprudencia de esta Corporación definió el alcance del mencionado texto normativo45.

Así las cosas, la procedencia de la tutela se encuentra condicionada a que el conflicto planteado trascienda el ámbito puramente legal, sobre la interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata.

Antes de abordar esta cuestión constata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C. P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado. Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica. De tal manera, que la Corte pasará a analizar si dicho efecto es la consecuencia legítima de un acto administrativo expedido de conformidad con la Constitución, en especial respetando el debido proceso administrativo. De haberse seguido el debido proceso, la inhabilidad respecto de los socios habrá de mantenerse a la luz de la Constitución. De lo contrario, la Corte decidirá cuál es el remedio adecuado en el ámbito constitucional, y reconociendo la órbita propia de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo.

En relación con la atribución del juez de tutela de ordenar la inaplicación de actos administrativos la jurisprudencia ha definido su alcance con meridiana claridad:

“El alcance de esta norma presupone que, en el proceso correspondiente, se adoptará la decisión definitiva, y concede al juez de tutela una facultad temporal y excepcional de inaplicación del acto a la situación concreta, lo cual no puede confundirse con la suspensión provisional ni ninguna otra medida precautelativa contencioso administrativa.” (Destacado original)

“El precepto también parte de la base de que, en el caso específico del peticionario, la aplicación del acto implicaría que continuara la violación o amenaza del derecho, causándose un perjuicio irremediable que se precisa evitar, pese a la existencia del medio judicial ordinario. Esto significa que, en la hipótesis planteada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, el acto de que se trata es directamente el causante del agravio o del peligro para el derecho fundamental, objeto de protección.”46 (Subraya fuera del texto)

Por ello, ante la verificación de circunstancias de hecho y de derecho especiales, puede el juez constitucional tomar determinaciones que afecten la ejecución y vigencia de los actos administrativos cuestionados o de alguna parte de ellos. Es decir, aunque sea posible, en principio, elevar solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo ante el juez contencioso, la cual debe ser resuelta al momento de la admisión de la demanda respectiva, sin embargo, no existe impedimento alguno para que mediante el mecanismo extraordinario de la tutela se imparta orden de inaplicar total o parcialmente un acto administrativo.

Considerando entonces las anteriores pautas normativas y jurisprudenciales, se observa que la suspensión provisional del acto y la inaplicación ordenada en sede de tutela comportan efecto similar al momento de ser decretadas, esto es, la interrupción –parcial o íntegra- de los efectos del acto administrativo controvertido, pero tanto los fundamentos como los fines de cada uno de estos mecanismos son diferentes en cada caso y de ahí que no se excluyan y aún se puedan complementar47.

Es así como a partir del análisis de las causas invocadas y los fines inherentes a cada mecanismo, es que se debe establecer cuál de ellos es procedente e idóneo, o planteado de otra manera, en lo que atañe a la tutela, debe verificarse si las causas aludidas por los accionantes vulneran sus derechos fundamentales.

De conformidad con lo anterior, la Corte considera necesario hacer un recuento de los supuestos fácticos que dieron origen a la presentación de las tutelas revisadas, para concluir en la clara vulneración de los derechos fundamentales de las accionantes y en la trascendencia constitucional de la controversia planteada.

Examinada la actuación administrativa surtida por el INVIAS, y de la cual se aduce por los accionantes violaciones a derechos fundamentales, se tiene que mediante Resolución No. 02282 de 2 de junio de 2000, esta entidad declaró la caducidad, y en consecuencia la terminación, del contrato de concesión No. 0388 que había celebrado, el 15 de diciembre de 1997, con la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. –COMMSA-, cuyos accionistas son, entre otros, las sociedades accionantes en las tutelas que ahora son objeto de revisión.

La motivación expuesta en dicha Resolución comienza por hacer referencia a los compromisos adquiridos por la sociedad concesionaria COMMSA en el respectivo contrato de concesión y su respectivo incumplimiento, expresándose que como consecuencia procede la inhabilidad dispuesta por el artículo 8º literal c) de la Ley 80; además, se indicó que todos y cada uno de sus socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial.

Por lo tanto, entre otros asuntos, el referido acto consagró en su parte resolutiva las siguientes decisiones:

– Declara que la “sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, dio lugar a la caducidad, quedando inhabilitada para contratar por cinco años contados a partir de la ejecutoria de este acto” (art. 2), añadiendo que “la anterior declaratoria causará los efectos y responsabilidades que consagra la ley”.(parágrafo)

– Dispone “hacer efectiva la solidaridad de la sociedad concesionaria del Magdalena Medio S. A. y de cada uno de sus accionistas.. En consecuencia, proceder de conformidad, para el

recaudo de las acreencias que resulten a favor del Instituto Nacional de Vías, tanto en la liquidación del contrato como en las actuaciones posteriores". (artículo 6)

– Ordena notificar dicha resolución al representante de COMMSA "y a cada uno de sus accionistas, por efecto de la solidaridad establecida en el pliego de condiciones y de la propuesta, de acuerdo con los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo". (Artículo 9)

En ninguna parte de la resolución 02282 de 2000 aparece motivación o decisión alguna en la que se inhabilite a los socios de la concesionaria COMMSA.

Hecho el pronunciamiento sobre la caducidad y sus consecuencias en los anteriores términos, sin embargo al resolver los recursos de reposición interpuestos contra las mencionada resolución, el INVIAS profirió la Resolución 004260 de 24 de octubre del 2000 donde se pronuncia, por primera vez y solo en la parte motiva, sobre las razones por las cuales considera que la Sociedad Concesionaria COMMSA es de objeto único, y además, que por efecto de la responsabilidad solidaria las sociedades accionarias de la misma se encuentran, como aquella, también inhabilitadas, señalando en la parte considerativa lo siguiente:

"De esta forma, cuando se establece que COMMSA dio lugar a la caducidad, al tenor de lo establecido por el literal c) del numeral 1º. Del artículo 8 de la Ley 80 y que en consecuencia, se halla inhabilitada, es claro que por efecto de la responsabilidad solidaria, esta declaratoria, por voluntad legal, se extiende a los socios, según lo prevé el artículo segundo de la resolución objeto de impugnación".

Y más adelante enfatiza:

"no hay duda alguna que la Resolución de 2 de junio del 2000 , al señalar en el parágrafo del artículo segundo que la caducidad tiene los efectos de ley, esta inhabilitando a los socios de COMMSA, salvo las entidades estatales, por ser ésta una sociedad de objeto único, asimilada por la ley a los consorcios para efectos de la responsabilidad de sus integrantes, frente a las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, así como a las actuaciones hechos y omisiones".

“(…)

“Por las razones expuestas se deberá confirmar el artículo segundo de la Resolución 002282 del 2 de junio del 2000 de cuyos efectos quedan excluidos las entidades estatales, con lo cual los socios de COMMSA están inhabilitados, salvedad hecha del INSTITUTO DE FOMEMTO INDUSTRIAL- IFI ; del Banco del Estado y Empresa Nacional de Autopistas S. A. ENA”

Y, sin hacer explícita la considerada inhabilidad en la parte resolutiva, concluye señalando:

“ARTICULO SEXTO. En el informe semestral a la Cámara de Comercio relaciónese la caducidad decretada y sus efectos. Ofíciese en el mismo sentido a las Cámaras de Comercio en que se encuentren inscritos la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S. A. COMMSA y sus socios, salvo las entidades estatales

“ARTICULO SÉPTIMO. Contra esta Resolución no procede recurso alguno y con ella se entiende agotada la vía gubernativa.”

A la vista de lo realmente ocurrido, entiende la Corte que se produjeron varias transgresiones constitucionales a saber:

i) Se asumió que la inhabilidad de los socios de COMMSA estaba implícitamente contenida en el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 02282, no obstante que lo que se consignó explícitamente en la misma fue la inhabilidad de COMMSA y la responsabilidad solidaria o patrimonial de los socios de ésta.

ii) Los socios de COMMSA ciertamente fueron vinculados a las resultas de la Resolución 02282 pero no por haber resultado inhabilitados, sino, como lo dicen el artículo noveno de esa resolución, “por efecto de la solidaridad establecida en el pliego de condiciones y en la propuesta”. Así lo dijo la parte resolutiva del referido acto:

“… en el caso que nos ocupa la propuesta fue presentada como promesa de contrato de sociedad, por consiguiente, todos y cada uno de los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial.”

iii) En la Resolución 004260 se introdujo un punto nuevo en relación con la inhabilidad de los socios de la concesionaria, y sin embargo con ella se dio por agotada la vía gubernativa.

Es evidente que la primera resolución omitió hacer pronunciamiento sobre asuntos importantes y necesarios para concluir sin duda alguna sobre la pretendida inhabilidad de los socios accionistas de la concesionaria inhabilitada.

Siendo taxativo y restrictivo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación administrativa, tal y como lo ha reiterado la Corte48, y si bien es cierto que ellas operan por ministerio de la ley sin que medie providencia judicial o acto administrativo que las imponga, no lo es menos que varias de las causales respectivas requieren un previo y necesario pronunciamiento sobre los asuntos de fondo que permiten concluir dicha consecuencia de manera clara y precisa. Así por ejemplo, en el caso de la caducidad de los contratos estatales, solo operaría por ministerio de la ley la inhabilidad respectiva, cuando exista el acto administrativo que declara la caducidad del contrato y la indicación precisa de la persona que dio lugar a ella; para el evento de las sociedades o de los consorcios, será preciso determinar previamente si se trata de sociedades de personas o de acciones o si se constituyeron con objeto único y la determinación concreta de los efectos de la solidaridad pactada.

Según lo han venido alegando los accionantes en esta tutela, y accionistas de la concesionaria expresamente inhabilitada, no fue oportuno ni explícitamente definida la inhabilidad que respecto de ellas se pretendió operar a partir de la ejecutoria de la resolución 004260.

Considera la Corte, que si en la actuación administrativa adelantada por el INVIAS, se pretendía inhabilitar a los socios de la concesionaria COMMSA, si bien no era preciso declararla expresamente en la resolución 02282, para poderla concluir clara y evidentemente, según lo dispuesto en la ley, y permitir así la interposición del eventual recurso propio de la vía gubernativa, en caso de considerarse tal situación como adversa por parte de los afectados, sí era necesario que en dicho acto administrativo se hubieren hecho las consideraciones respectivas que se incluyeron tardíamente en la parte motiva de la resolución 004260 y mediante las cuales aquella se pretende concluir.

Como equivocadamente lo sostiene el INVIAS, la inhabilidad de los socios de la concesionaria

no puede deducirse de lo resuelto en el Parágrafo del Artículo Segundo de la resolución 02282 al decir que: “La anterior declaratoria causará los efectos y responsabilidades que consagra la ley”, pues la declaratoria de caducidad de un contrato causa como efecto y responsabilidad consagrada en la ley sólo la inhabilidad respecto de quien dio lugar a ella; cualquier otra consecuencia ha debido estar precedida de las consideraciones respectivas. Por el contrario, de lo expuesto en la parte motiva del mencionado acto, se dejó entender todo lo contrario, es decir, que la solidaridad se extendía a los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio para todos los socios entre si y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial.

Es evidente entonces, que respecto de la inhabilidad de las sociedades accionistas de la concesionaria COMMSA se introdujo un punto nuevo en la parte motiva de la resolución 004260, pues allí si se expusieron algunas razones al respecto, y sin más, se dispusieron en la parte resolutiva consecuencias adversas a los recurrentes, al ordenar relacionar en el informe semestral a la Cámara de Comercio, la caducidad decretada y sus efectos también respecto de los socios de COMMSA y ordenar el agotamiento de la vía gubernativa, al resolver que contra dicha resolución “… no procede recurso alguno y con ella se entiende agotada la vía gubernativa”.

El debido proceso administrativo no está llamado a cumplirse de manera escindida, parcializada o discriminada; al contrario, es una garantía que atraviesa toda la actuación de la administración, y es bajo la égida de un proceso debido, como deben proferirse los actos administrativos. Lo contrario sería aceptar que para ciertas actuaciones administrativas caben las formas debidas, y para otras, bien se permiten las actuaciones difusas y la indefinición jurídica.

No podía entonces la entidad accionada, sin violar el debido proceso administrativo, y al resolver algunos recursos de reposición interpuestos respecto de otros asuntos resueltos en la resolución 02282, introducir como punto nuevo el relativo a la inhabilidad de los socios de COMMSA, cuando, se insiste, nunca hubo tal pronunciamiento en aquella primera resolución. De hecho, en la segunda resolución, la 004260, existe sólo un intento por reponer el vacío de la primera, señalando que ya en ella debía comprenderse implícita la inhabilidad. Violación clara del debido proceso en la modalidad de incongruencia de los actos de la administración, puesto que como lo tiene establecido la Corte Constitucional, hace parte del debido proceso

“el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente”.50

Del debido proceso, dice la jurisprudencia, hace parte, como una forma de realizar la seguridad jurídica, “la certidumbre que deben tener las personas, según la ley preexistente, acerca de cuáles son las reglas que se aplican al proceso judicial o administrativo que las afecta o en el que están interesadas. Esas reglas no pueden ser modificadas a voluntad de quien conduce el respectivo trámite, pues al hacerlo sorprendería a las partes y a terceros, desatendiendo ostensiblemente una de las garantías esenciales plasmadas en el artículo 29 de la Constitución.51

Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.

Ahora bien, si se asumiese en gracia de discusión, como lo alega la accionada, que la inhabilidad de los socios de COMMSA estaba contenida implícitamente en el parágrafo del artículo segundo de la Resolución 002282 de 2000, las consecuencias serían las mismas que aquí se han mencionado, puesto que, como se indicó, si el INVIAS pretendía inhabilitar a los socios de COMMSA, tal decisión ha debido estar precedida de modo claro y preciso de consideraciones relacionadas con el análisis de la causa de la pretendida inhabilidad, todo con el fin de permitir y garantizar el debido proceso administrativo a los socios a la hora de interponer el respectivo recurso de reposición, contra la supuesta inhabilidad y los motivos para declararla y así cerrar en una forma clara y nítida la vía gubernativa.

Lo explícito entonces en los artículos segundo y noveno de la resolución 002282 fue que la caducidad e inhabilidad recayeron sobre la concesionaria COMMSA y no sobre sus socios, quienes concurrieron a la vía gubernativa para discutir otros asuntos diferentes. En efecto, si bien en los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 002282 algunas sociedades trataron sobre la inhabilidad, advirtieron que son parte de la actuación no porque a ellas, como tales, se les haya caducado el contrato, ni porque esa declaratoria tenga la vocación de generarles una inhabilidad sobreviniente, sino por los efectos patrimoniales y no

de caducidad o inhabilidad. Al respecto se dijo en los recursos de reposición:

“Así pues, las sociedades recurrentes concurren ante el INVIAS con ocasión de la expedición de la resolución 2282 de 2 de junio del 2000 , en condición de sociedades legalmente capaces, que no están incursas, por razón de la citada resolución o de cualquier otro acto jurídico, en causal de inhabilidad o incompatibilidad de ninguna clase. Concurren, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la citada resolución 2282 y debido a que como se dice en el mismo “por efecto de la solidaridad establecida en el pliego de condiciones y en la propuesta”, solidaridad que , como ya se dijo, deber ser entendida en sus efectos “únicamente desde la perspectiva patrimonial”. En consecuencia, la inconformidad que sirve de fundamento al presente recurso de reposición no reside en la calidad procesal en que han sido convocadas las sociedades recurrentes, sino en los motivos que dieron lugar a que el INVIAS declarara la caducidad del contrato de concesión 0388 de 1997, suscrito con COMMSA”.

Luego entonces, la Resolución 004260 al responder la reposición así planteada, introdujo en la parte motiva un hecho nuevo consistente en dar por inhabilitados a los socios de COMMSA que no había sido considerado en la Resolución 002282 y sobre la cual no hubo oportunidad de agotamiento de la vía gubernativa. Situación adversa a la garantía del debido proceso administrativo que espera que los pronunciamientos de la administración tengan un curso determinado, y que una actuación preceda lógicamente a otra.52

Violación del debido proceso administrativo, porque si bien la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia podrían respaldar la imposición de una medida que restringe la capacidad y libertad de un contratista para acceder a la contratación53, la prevalencia de los derechos fundamentales, aplicable igualmente al ámbito de las actuaciones administrativas, hacía indispensable que ella sólo se hubiera podido determinar luego de conceder a los interesados la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Es que frente a los actos administrativos, las personas jurídicas tiene también derecho a la defensa, la contradicción, la publicidad, principio de legalidad, y a que dentro de las actuaciones regladas de la administración, se les otorgue la posibilidad de presentar los recursos que le garantizan su defensa. Omitir tales oportunidades, acarrea vulneración del

debido proceso administrativo, tal como lo ha señalado esta corporación, en fallos que merecen citarse:

“La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso. En efecto, se distinguía entre una y otra realidad jurídica, en tanto ese derecho buscaba, en sus primeros tiempos asegurar la’ libertad física, y, sólo gradualmente se extendió a procesos de naturaleza no criminal, a las demás formas propias de cada juicio, según el texto constitucional anterior; ahora, sigue aumentando su espectro este derecho, que comprende como el que más la necesidad de consultar el principio de legalidad en las actuaciones públicas judiciales y en adelante las administrativas, ampliando su ámbito garantizador.(…)

“En realidad, lo que debe entenderse por ‘proceso ” administrativo para los efectos del artículo 29 de la Constitución Política, es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre si de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley”.54

Posteriormente, la Corte reiteró su posición al afirmar:

“Más allá de las nulidades que se originan por desconocimiento de las normas que regulan el debido proceso administrativo, lo cierto es que los distintos procedimientos o actuaciones que adelantan las autoridades administrativas, cuando ellos involucran los derechos de los particulares, deben observar rigurosamente aquellas disposiciones que buscan garantizar la intervención de éstos dentro del procedimiento, a fin de preservar su derecho fundamental de defensa, materializado en la posibilidad de interposición de los diversos recursos por la vía administrativas luego por la jurisdiccional.”55

La referencia a la inhabilidad de los socios de COMMSA, sólo se hace como ya se indicó, en

la parte motiva de la Resolución 004260. Sin embargo, en la lógica equivocada de dicha resolución, se establece en el artículo sexto, como mecanismo para materializar la inhabilidad relativa a los socios privados de COMMSA, que se oficie a las Cámara de Comercio, en donde se encuentran inscritos los socios de COMMSA, todo lo relativo a la caducidad decretada y sus efectos.

Dice así la norma:

"En el informe semestral a la Cámara de Comercio relaciónese la caducidad decretada y de sus efectos. Ofíciese en el mismo sentido a las Cámaras de Comercio en que se encuentren inscritos la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. COMMSA y sus socios, salvo las entidades estatales."56

Por consiguiente, desde la ejecutoria de la Resolución 04260 las entidades accionadas quedaron inhabilitadas por efecto de esta norma, para ejercer su objeto social y contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, es decir, en virtud de la violación del debido proceso de que fueron objeto, se afectó indebidamente y por fuera del marco de la ley, el ejercicio de su capacidad jurídica. Se causó de esa manera un perjuicio irremediable que esta Corte considera necesario proteger de forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción contenciosa decida definitivamente la controversia, ordenando que se deje sin efecto no la integridad de las resoluciones 02282 y 004260 como lo solicitan algunos accionantes, sino sólo el aparte del artículo sexto de la Resolución 004260 que ordena oficiar a la Cámara de Comercio, lo relativo a la caducidad y sus efectos respecto a los socios de COMMSA, puesto que es el único fragmento normativo de la Resolución 004260, con entidad resolutiva y material que puede afectar el desempeño contractual de las entidades accionantes y por tener estrecha relación con este punto, también quedarán sin efecto las motivaciones de dicha resolución relacionadas con las razones que pretendieron concluir la inhabilidad de los socios accionistas.

La conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos, sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del

juez de tutela. Perjuicio irremediable57 que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa, como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para "… la participación en licitaciones y / o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y / o cualquier otro sistema 58.

La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo.

La Corte culmina señalando que no hace ningún pronunciamiento en relación con el proceso administrativo llevado a cabo respecto de la concesionaria COMMSA, en tanto que los intereses que se protegen constitucionalmente en esta tutela son aquellos de las entidades que actuaron como socias de la misma y son además los únicos que han instaurado las tutelas que se ahora se revisan.

5. Conclusión.

Con base en los argumentos expuestos, la Sala Plena de la Corte Constitucional habrá de confirmar parcialmente el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, mediante el cual se confirmó el dictado en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en tanto concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por las sociedades accionantes -Gercon S.A., Castro Tcherassi S.A., Equipo Universal S.A., Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A.- (T-445010). Sin embargo, se variará tal decisión ordenando que únicamente se deje sin efecto, de manera transitoria, por ser contrario a la Constitución, la frase "y sus socios" del artículo sexto de la resolución 004260 de 24 de octubre de 2000, así como las motivaciones expuestas en ella y relacionadas con la inhabilidad de los socios de la concesionaria .

En consecuencia, se dispondrá levantar la suspensión de los efectos ordenada por los jueces

de tutela, respecto de las resoluciones administrativas expedidas por el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato, y mantenerla únicamente respecto de la parte señalada anteriormente del artículo sexto de la Resolución 004260 .

Así mismo, la Sala Plena de la Corte Constitucional revocará los fallos de tutela proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que revocaron el amparo concedido en primera instancia por los Juzgados 12 y 13 Laborales del Circuito de la misma ciudad, dentro de los procesos de tutela adelantados, de una parte, por las sociedades ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. y Anónima Caminos y Regadíos Sacyr S.A. (T-438775); y de otra, por el Banco Santander Central Hispano S.A. (T-442931).

Finalmente, esta Corte revocará el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que confirmó el proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de la misma ciudad, mediante el cual se denegó el amparo solicitado por las sociedades Wackenhut de Colombia S.A. y la Concesionaria Wackenhut de Colombia S.A. (T-458915).

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela radicada con el numero T-438775. En su lugar, conceder como mecanismo transitorio, el amparo al derecho fundamental del debido proceso.

En consecuencia, se DEJA SIN EFECTO, de manera transitoria, la frase “ y sus socios” contenida en el artículo sexto de la Resolución 004260 del 24 de octubre de 2000, así como las motivaciones de la misma que, por tener estrecha relación, pretendieron concluir la inhabilidad de las sociedades accionistas.

Segundo. REVOCAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la

acción de tutela radicada con el número T-442931. En su lugar, conceder como mecanismo transitorio, el amparo al derecho fundamental del debido proceso.

En consecuencia, se DEJA SIN EFECTO, de manera transitoria, la frase “ y sus socios” contenida en el artículo sexto de la Resolución 004260 del 24 de octubre de 2000, así como las motivaciones de la misma que, por tener estrecha relación, pretendieron concluir la inhabilidad de las sociedades accionistas.

Tercero. CONFIRMAR parcialmente los fallos proferidos, en primera y segunda instancia respectivamente, por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Barranquilla y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de esa ciudad, dentro de la acción de tutela radicada con el número T-445010. Se confirma en tanto el amparo al derecho al debido proceso fue concedido igualmente como mecanismo transitorio. Sin embargo, se modifica la orden impartida en los fallos mencionados, para dejar sin efecto, de manera transitoria, únicamente la frase “y sus socios” contenida en el artículo sexto de la Resolución 004260 del 24 de octubre de 2000, así como las motivaciones de la misma que, por tener estrecha relación, pretendieron concluir la inhabilidad de las sociedades accionistas.

En consecuencia, se dispondrá levantar la suspensión de los efectos ordenada por los jueces de tutela, respecto de las resoluciones administrativas expedidas por el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato, y mantenerla únicamente en relación con la parte indicada anteriormente del artículo sexto de la resolución 004260.

Cuarto. REVOCAR los fallos proferidos, en primera y segunda instancia respectivamente, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito de esa ciudad. En su lugar, conceder como mecanismo transitorio, el amparo al derecho fundamental del debido proceso.

En consecuencia, se DEJA SIN EFECTO, de manera transitoria, la frase “y sus socios” contenida en el artículo sexto de la Resolución 004260 del 24 de octubre de 2000, así como las motivaciones que, por tener estrecha relación, pretendieron concluir la inhabilidad de las sociedades accionistas.

Quinto. Las anteriores decisiones se mantendrán en firme hasta tanto la jurisdicción

contenciosa decida de manera definitiva la controversia planteada.

Sexto. Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magitrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.219/03

VIA DE HECHO-Inexistencia en sanción a contratista/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia en sanción a contratista (Salvamento de voto)

Es claro que el juez de tutela carecía de competencia para hacer un examen sobre la materia, por lo que resultó tomando una decisión basada en un análisis parcial del acervo probatorio, pues solamente se refirió a algunas de las pruebas relevantes para respaldar un argumento que, a pesar del esfuerzo, no logró enmarcar de manera alguna en un problema constitucional que involucrara una clara vía de hecho o un perjuicio irremediable, requisitos indispensables para sustentar la decisión de conceder el amparo como mecanismo transitorio conforme al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991. Siendo evidente que el conflicto planteado surge como consecuencia de la diversa interpretación dada a los textos legales sobre contratación estatal, no era posible calificarlo como una vía de hecho en tanto el entendimiento dado a las normas por las partes y, en especial, el reprochado a la entidad demandada, no puede ser señalado como irrazonable ni desborda en modo alguno el orden constitucional, razón por la que es preciso afirmar que no existía un problema susceptible de ser resuelto en sede de tutela. La Corte no justificó la existencia de una vía de hecho de conformidad con su propia jurisprudencia, pues no identificó un verdadero defecto, fáctico, orgánico, sustancial o procedimental en el trámite controvertido, pues lo que definió y calificó como tal no es nada distinto de una controversia interpretativa de la ley contractual, sobre la cual no le compete tomar decisiones so pretexto de procurar un trámite administrativo mas gravoso o cauteloso del que impone la ley.

INHABILIDADES DE CONTRATISTA Y DERECHO DE DEFENSA/INHABILIDADES DE CONTRATISTA Y PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS (Salvamento de voto)

El argumento respaldado por la mayoría de la Corte, según el cual la resolución que desató los recursos de reposición añadió una nueva declaración según la cual la inhabilidad afectaba

a todos los socios de COMMSA y que por esa circunstancia se les privó de ejercer su derecho de defensa y se vulneró el principio de no reformatio in pejus, resulta a todas luces fundado en una interpretación errónea de las circunstancias. Sobre este punto la decisión mayoritaria perdió de vista que la resolución que desató los recursos hizo referencia al tema no de manera oficiosa o con el ánimo de sanear alguna irregularidad –tal como se sugiere en la sentencia-, sino porque en algunos de los escritos de impugnación precisamente se planteó la inconformidad sobre esa consecuencia –la inhabilidad- que ya entendían soportando los socios en razón de la primera de las resoluciones.

INHABILIDADES DE CONTRATISTA-Alcance/CADUCIDAD DEL CONTRATO-Consecuencias de la decisión (Salvamento de voto)

El efecto práctico de la decisión mayoritaria, al hacer depender la inhabilidad de los socios de COMMSA de una manifestación expresa en el acto administrativo, constituye una fórmula en la que se restringen los efectos que se reconocen por la ley a la declaratoria de caducidad pues, teniendo en cuenta que COMMSA existe de manera exclusiva para la ejecución del contrato suscrito, la inhabilidad le afectará pero solo de manera formal, como quiera que ninguna persona jurídica tendrá que soportar la consecuencia de dicha decisión conforme a la interpretación hecha por la sentencia del régimen contractual. En este punto es necesario advertir, que a diferencia de lo que sucede en un juicio de naturaleza penal en el que las consecuencias o sanción derivada de la declaratoria de responsabilidad obligan al juez a hacerla expresa, en la medida en que debe realizar un ejercicio de dosimetría atendiendo criterios de agravación o atenuación y, analizadas las circunstancias específicas del caso, sentar el contenido de los efectos de su declaratoria; en el caso presente el funcionario administrativo que declara el incumplimiento del contratista en la vía gubernativa, no puede hacer tasación alguna de las consecuencias que traerá su decisión pues, en el tema concreto de la caducidad, los efectos de su declaratoria están previstos en la ley y omitir expresarlos en la decisión administrativa no puede significar que de ellos queden relevados quienes dieron lugar a la decisión. Este argumento se soporta, además, en el hecho indiscutible de que ni siquiera podría el funcionario modificar en modo alguno el régimen previsto en la ley, eximiendo de forma deliberada a algunas de las personas de ciertos efectos de su decisión o modificando el término de la caducidad -cinco (5) años- dispuesto por la ley contractual, ya que ello sería simplemente una atribución que desborda su competencia. La decisión de la cual me aparto abre la puerta a una contradicción, pues al dar respaldo a tal argumento cabe

entonces interpretar que a pesar de que los socios se notificaron de la declaratoria de caducidad, a pesar de que la controvirtieron –inclusive algunos en relación con el tema de la inhabilidad- mediante los recursos de reposición en un claro ejercicio efectivo de su derecho de defensa, la Corte insistió en que se les vulneró dicha garantía procesal, como si ignorar las consecuencias de la decisión administrativa, eludirlas de manera deliberada o simplemente no compartirlas fuera en si mismo constitutivo de la transgresión de los derechos fundamentales invocados.

INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO-Naturaleza (Salvamento de voto)

JUEZ DE TUTELA E INHABILIDADES DE CONTRATISTA-Incompetente para resolver controversia (Salvamento de voto)

Es claro que la aplicación de las normas de contratación llevada a cabo por el instituto nacional de vías –INVIAS-, no puede ser calificada en modo alguno como contraevidente o irracional; por el contrario corresponde a una interpretación legal jurídicamente admisible frente al ordenamiento constitucional, por lo que quedaba descartada la intervención del juez de tutela.

Referencia: expedientes 438775, T-442.931, 445010 y 458915 acumulados.

Acción de tutela instaurada por ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A, ANÓNIMA CAMINOS Y REGADÍOS SACYR S.A, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A, GERCON S.A., CASTRO TCHERASSI S.A, EQUIPO UNIVERSAL S.A, CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A, WACKENHUT DE COLOMBIA S.A Y CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVIAS”.

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

Con el acostumbrado respeto, manifiesto a continuación las razones de desacuerdo con la sentencia de la referencia mediante la cual la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio a las sociedades accionantes.

1. Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. Identificación adecuada de sus

requisitos, fines y fundamentos. Ausencia de un examen que desvirtúe la idoneidad de los mecanismos ordinarios dispuestos para la solución de controversias en materia contractual.

Para arribar a la conclusión referida la decisión mayoritaria, luego de que expuso en abstracto los requisitos para que a través de la tutela se pueda ordenar la inaplicación–integra o parcial- de los efectos de un acto administrativo expedido con ocasión de un contrato estatal, optó por compartir la tesis expuesta en la ponencia original conforme a la cual son los fundamentos y los fines inherentes a cada mecanismo judicial –el ordinario y el extraordinario- los que determinan si corresponde al juez constitucional o al juez en lo contencioso administrativo emitir una orden que suspenda los efectos de un acto administrativo expedido en dichas circunstancias.

Empero, la Corte, a mi juicio, no acertó en la identificación de los elementos determinantes de la decisión ni en la conclusión de calificar como procedente el amparo en la modalidad transitoria. Lo anterior si se tiene en cuenta que los fundamentos –de hecho y de derecho- expuestos por los accionantes y que supuestamente daban lugar a la vulneración de sus derechos fundamentales, no son asunto inherente al estudio que compete realizar mediante el mecanismo judicial extraordinario, como quiera que hacen necesario el examen de la resolución administrativa mediante la cual se declaró la caducidad, frente a una divergencia interpretativa de la ley contractual, del contrato mismo, de la licitación y de todas y cada una de las partes que componen ese complejo procedimiento (pliegos, escrituras, adjudicación etc), todos estos temas sobre los cuales el juez administrativo tiene plena competencia para realizar el estudio integral de las pruebas que conduzca a una decisión definitiva y para decretar, de considerarlo necesario, las medidas precautelativas que estime procedentes.

En esta parte del examen, se aprecia que si bien la Corte reconoció de manera explícita los diferentes mecanismos con los que se cuenta para dilucidar las controversias surgidas en materia contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa, no examinó de manera específica la idoneidad de los mismos, lo que resultaba indispensable para justificar la procedencia de la tutela y que de haberse hecho habría orientado hacia una decisión distinta, en armonía con las normas que rigen el trámite del amparo59 y con la reiterada jurisprudencia de la propia Corte.

“(…) De manera que, los medios de defensa judiciales que establezca el ordenamiento

jurídico deben superar una especie de juicio de eficacia y de idoneidad que realiza el juez de tutela, al momento de la evaluación del caso particular puesto bajo su conocimiento y decisión. 60. Si con el medio de defensa judicial se alcanza ese propósito de protección cierta y efectiva, adquiere plena aplicabilidad el principio de subsidiariedad de la acción de tutela; si, por el contrario, el juez de tutela determina que por las circunstancias fácticas y jurídicas el medio de defensa judicial es ineficaz e inidóneo, la procedencia de la tutela se convierte en prevalente. De esta manera, la jurisdicción constitucional evita dar soluciones meramente formales ante la solicitud de amparo de un derecho fundamental vulnerado o amenazado.

El sustento de la anterior situación radica en los mandatos superiores que establecen como fin esencial del Estado el de dar efectividad a los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente, así como en el que ordena dar primacía al derecho sustancial (CP, arts. 2o., 8o. y 228), toda vez que, lo que pretende el ordenamiento constitucional es que con el señalamiento de ambos medios de defensa judiciales –los ordinarios y el excepcional de la tutela- se otorgue un abanico mayor de garantías materiales e inmediatas a los derechos fundamentales de las personas.61

En estas circunstancias, es claro que el juez de tutela carecía de competencia para hacer un examen sobre la materia, por lo que resultó tomando una decisión basada en un análisis parcial del acervo probatorio, pues solamente se refirió a algunas de las pruebas relevantes para respaldar un argumento que, a pesar del esfuerzo, no logró enmarcar de manera alguna en un problema constitucional que involucrara una clara vía de hecho o un perjuicio irremediable, requisitos indispensables para sustentar la decisión de conceder el amparo como mecanismo transitorio conforme al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.62

2. La identificación de una vía de hecho. Requisito para la procedencia del amparo como mecanismo transitorio tratándose de actuaciones administrativas.

En este orden de ideas, vale destacar que para afirmar la procedencia de la acción, la sentencia hizo un examen fragmentado de la resolución administrativa mediante la cual se declaró la caducidad del contrato para luego expresar que en ninguna parte se motivó la decisión de inhabilitar a los socios de COMMSA, excluyendo así una tesis jurídica en materia administrativa planteada por el INVIAS en su decisión, que resulta admisible frente al

ordenamiento constitucional y a las normas sobre contratación, según la cual los socios de la concesionaria debían soportar las consecuencias previstas en la ley por la declaratoria de la caducidad del contrato, teniendo en cuenta las previsiones hechas en el pliego de condiciones en cuanto a la naturaleza jurídica de la concesionaria.

El mencionado argumento dista mucho de constituir una vía de hecho o una vulneración de los derechos fundamentales de las sociedades accionantes e inclusive tuvo el respaldo de la doctrina del Consejo de Estado en un primer momento y, de cualquier modo, su examen es del resorte exclusivo del juez administrativo. De manera que siendo evidente que el conflicto planteado surge como consecuencia de la diversa interpretación dada a los textos legales sobre contratación estatal, no era posible calificarlo como una vía de hecho en tanto el entendimiento dado a las normas por las partes y, en especial, el reprochado a la entidad demandada, no puede ser señalado como irrazonable ni desborda en modo alguno el orden constitucional, razón por la que es preciso afirmar que no existía un problema susceptible de ser resuelto en sede de tutela. Sobre la imposibilidad de edificar una tesis sobre la ocurrencia de una vía de hecho con base en circunstancias como las anotadas la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado lo siguiente:

La vía de hecho -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de Derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela”63 (Subraya fuera de texto).

Del mismo modo se ha señalado:

“…cuando la decisión está sustentada en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o de la interpretación de las normas aplicables, no podría ser discutido por la vía de la acción de tutela…” 64

“Inclusive en el caso de posibles transgresiones al debido proceso, que pudieran llegar a

entenderse como constitutivas de vía de hecho, no es procedente la tutela si el afectado cuenta con un medio judicial ordinario con suficiente eficacia para la protección inmediata y plena de sus derechos….”.65

En consecuencia, se ha de concluir que la Corte no justificó la existencia de una vía de hecho de conformidad con su propia jurisprudencia, pues no identificó un verdadero defecto, fáctico, orgánico, sustancial o procedimental en el trámite controvertido, pues lo que definió y calificó como tal no es nada distinto de una controversia interpretativa de la ley contractual, sobre la cual no le compete tomar decisiones so pretexto de procurar un trámite administrativo mas gravoso o cauteloso del que impone la ley.

Así las cosas, la Corte con su decisión, no obstante que pudo comprobar y advertir las garantías procesales brindadas por la administración antes de la declaratoria de caducidad y con posterioridad a ella durante el trámite del agotamiento de la vía gubernativa -si se tiene en cuenta que todos los socios presentaron recursos de reposición y algunos plantearon la inconformidad sobre la inhabilidad que ya entendían soportando-, insistió en amparar los derechos de las sociedades accionantes con fundamento en argumentos propios del juez administrativo, arrebatándole a éste su competencia y denotando así de la improcedencia de la tutela.

3. El perjuicio irremediable. Las consecuencias de una decisión administrativa no pueden ser calificadas como tal hasta tanto no se identifique una actuación arbitraria que las preceda.

A lo anterior debe añadirse que la sentencia tampoco explica suficientemente cómo la circunstancia de estar soportando una inhabilidad para contratar constituye por si sola una consideración que explique el supuesto perjuicio irremediable y la procedencia del amparo como mecanismo transitorio. Si se analizan los argumentos presentados por las sociedades en cuanto a este tema, habría sido necesario responder a ellos afirmando que el hecho de que la jurisdicción contencioso administrativa tarde demasiado en resolver los aspectos de legalidad pendientes de ser dilucidados, no es fundamento suficiente de la procedibilidad del amparo, en tanto la idoneidad y eficacia de un mecanismo judicial no se mide exclusivamente por la celeridad o inmediatez con que pueda resolver el asunto planteado -ya que si así fuera la tutela sería el único mecanismo con tal carácter- sino, también, y quizá de

manera primordial, en la aptitud de garantizar una solución precisa al conflicto. Sobre este punto se advierte además que el mecanismo de la suspensión provisional del acto administrativo, al igual que la tutela, se caracteriza porque debe resolverse mediante un trámite expedito, tal como lo dispone el CCA.66

Tampoco milita como argumento para justificar la ocurrencia de un perjuicio irremediable la supuesta "muerte comercial" de las firmas accionantes -alegada en algunas de las demandas de tutela-, pues aún cuando esta circunstancia apareciera probada y se pudiera deducir su nexo causal con el acto administrativo cuestionado, mientras no se advierta por el juez constitucional que esa consecuencia proviene de una actuación caprichosa de la administración que represente una evidente ruptura con el orden legal y constitucional, no procede orden alguna para suspender dicho efecto en sede de tutela. De manera que sin que se comprueben las circunstancias anotadas la simple adversidad que comporta la decisión administrativa para las sociedades accionantes no puede ser calificada como perjuicio, menos aún si se tiene en cuenta que el acto del cual deriva está amparado con presunción de legalidad y se encuentra debidamente motivado por los supuestos incumplimientos del contratista. Así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional al advertir que:

"Repugna al orden jurídico y a los principios del derecho administrativo y del derecho constitucional, que el ejercicio de la atribución por los funcionarios administrativos para decidir esos recursos pueda con antelación considerarse por el juez de tutela como una amenaza, pues se repite, el ejercicio de la función administrativa por si solo no constituye amenaza de vulneración de ningún derecho. Al contrario, lo que el Estado presume no es la arbitrariedad ni el abuso de sus funcionarios, sino la legalidad y el acierto en sus decisiones"67

Así, pues, la inhabilidad que soportan las sociedades accionantes en razón de los actos administrativos cuestionados, si bien constituye una limitación de la actividad económica que desempeñan, no configura de modo alguno un perjuicio irremediable pues, tratándose de actuaciones administrativas, éste sólo puede deducirse ante la existencia de una vía de hecho, la cual, para el caso en estudio, no se presenta conforme a lo que por ello se entiende según la jurisprudencia constitucional.

De manera que es claro que la argumentación de la sentencia antes que identificar una vía de hecho termina prohijando una tesis jurídica –vía de derecho- en materia administrativa en cuanto al tema de los efectos de la declaratoria de caducidad, con el agravante de que su análisis resulta ser parcial en la medida en que hace referencia solo a algunas las declaraciones hechas en las resoluciones administrativas atacadas para arribar a una no acertada conclusión.

5. Análisis puntual de los argumentos que sirvieron a la Corte para justificar la supuesta vía de hecho. Incompetencia del juez constitucional para sugerir una solución respecto del problema administrativo.

5.1 En efecto, el argumento respaldado por la mayoría de la Corte, según el cual la resolución que desató los recursos de reposición añadió una nueva declaración según la cual la inhabilidad afectaba a todos los socios de COMMSA y que por esa circunstancia se les privó de ejercer su derecho de defensa y se vulneró el principio de no reformatio in pejus, resulta a todas luces fundado en una interpretación errónea de las circunstancias. Sobre este punto la decisión mayoritaria perdió de vista que la resolución que desató los recursos hizo referencia al tema no de manera oficiosa o con el ánimo de sanear alguna irregularidad –tal como se sugiere en la sentencia-, sino porque en algunos de los escritos de impugnación precisamente se planteó la inconformidad sobre esa consecuencia –la inhabilidad- que ya entendían soportando los socios en razón de la primera de las resoluciones.

La circunstancia anotada por si sola conduce a la necesaria conclusión de que no se trató de una nueva declaración incluida en la segunda resolución, pues de entenderse así sería cuanto menos contrario al sentido común que los socios de COMMSA rebatieran mediante el recurso un efecto que supuestamente no estaban soportando, de manera que la declaración hecha en la parte motiva y resolutiva de la resolución 4260, tan solo dio contestación al recurso y en modo alguno constituyó una agravación o una modificación y mucho menos una nueva declaración sobre el tema, por lo que, en mi criterio, carece de fundamento la vulneración alegada.

5.2 Ahora bien, ya en cuanto a la posición sugerida por la decisión mayoritaria respecto del tema estrictamente administrativo, lo cual no le correspondía, la Corte ha optado por interpretar la ley contractual –de por si una competencia extraña en sede de tutela- de la

manera en que ningún efecto produce y ninguna garantía representa para el Estado, vaciando de contenido la consecuencia necesaria prevista en la ley con ocasión de la declaratoria de caducidad, al entender que los efectos que ella produce en relación con los socios de COMMSA son materia sobre la que una decisión administrativa puede disponer y no un categórico legal en estricto sentido.

Así las cosas, el efecto práctico de la decisión mayoritaria, al hacer depender la inhabilidad de los socios de COMMSA de una manifestación expresa en el acto administrativo, constituye una fórmula en la que se restringen los efectos que se reconocen por la ley a la declaratoria de caducidad pues, teniendo en cuenta que COMMSA existe de manera exclusiva para la ejecución del contrato suscrito, la inhabilidad le afectará pero solo de manera formal, como quiera que ninguna persona jurídica tendrá que soportar la consecuencia de dicha decisión conforme a la interpretación hecha por la sentencia del régimen contractual.

En este punto es necesario advertir, que a diferencia de lo que sucede en un juicio de naturaleza penal en el que las consecuencias o sanción derivada de la declaratoria de responsabilidad obligan al juez a hacerla expresa, en la medida en que debe realizar un ejercicio de dosimetría atendiendo criterios de agravación o atenuación y, analizadas las circunstancias específicas del caso, sentar el contenido de los efectos de su declaratoria; en el caso presente el funcionario administrativo que declara el incumplimiento del contratista en la vía gubernativa, no puede hacer tasación alguna de las consecuencias que traerá su decisión pues, en el tema concreto de la caducidad, los efectos de su declaratoria están previstos en la ley y omitir expresarlos en la decisión administrativa no puede significar que de ellos queden relevados quienes dieron lugar a la decisión.

Este argumento se soporta, además, en el hecho indiscutible de que ni siquiera podría el funcionario modificar en modo alguno el régimen previsto en la ley, eximiendo de forma deliberada a algunas de las personas de ciertos efectos de su decisión o modificando el término de la caducidad -cinco (5) años- dispuesto por la ley contractual, ya que ello sería simplemente una atribución que desborda su competencia.

En estas circunstancias, la decisión de la cual me aparto abre la puerta a una contradicción, pues al dar respaldo a tal argumento cabe entonces interpretar que a pesar de que los socios se notificaron de la declaratoria de caducidad, a pesar de que la controvirtieron –inclusive

algunos en relación con el tema de la inhabilidad- mediante los recursos de reposición en un claro ejercicio efectivo de su derecho de defensa, la Corte insistió en que se les vulneró dicha garantía procesal, como si ignorar las consecuencias de la decisión administrativa, eludirlas de manera deliberada o simplemente no compartirlas fuera en si mismo constitutivo de la transgresión de los derechos fundamentales invocados.

La contradicción se hace evidente cuando la Corte, al tiempo que reconoce que no era necesario, respecto de la inhabilidad, "declararla expresamente en la resolución 02282", echa de menos los argumentos para poder "concluir clara y expresamente" sobre su existencia, interpretación abiertamente inconsistente para deducir una vía de hecho en materia administrativa, pues hacer exigibles los argumentos pero no la declaración -o viceversa-, es escindir el acto administrativo en elementos necesariamente vinculados.

De manera que, en mi criterio, una fórmula intermedia como la planteada por la sentencia no podía proponerse sin desbordar la competencia del juez constitucional, pues como queda claro involucra una solución respecto de la controversia administrativa en la que no cabe nada distinto en cuanto a la inhabilidad que exigir su declaración expresa y sus argumentos, o ninguno de los dos por tratarse una consecuencia prevista por la ley ante la declaratoria de caducidad del contrato.

5.3 Así las cosas, es preciso concluir que las garantías procesales fueron respetadas y la controversia interpretativa que se generaba en torno de las consecuencias de la declaratoria de caducidad comprometía de manera exclusiva normas y cláusulas contractuales respecto de las cuales el juez de tutela no tenía competencia alguna y no resultaban relevantes desde el punto de vista constitucional. Sobre este punto cabe manifestar que para saber si la inhabilidad recae o no en relación con los socios, el juez natural del asunto debe definir en últimas si se trató de una sociedad de objeto único asimilable a un consorcio o si ostentaba cualquier otra naturaleza. A mi juicio, la Corte no podía fijar o sugerir ninguna decisión definitiva sobre estos asuntos despojando a la jurisdicción contencioso administrativa de dicha competencia, menos aún fundando su decisión en la supuesta omisión de garantías procesales que en efecto se ofrecieron y se ejercieron.

Por otra parte, es claro que la Corte no observó su propia jurisprudencia, que de tiempo atrás ha sostenido que la inhabilidad en materia contractual no responde a la misma naturaleza de

las inhabilidades que como pena o sanción se imponen en los procesos penales o disciplinarios. Al respecto la tesis reiterada de la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que "[L]as inhabilidades e incompatibilidades que obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta. Las inhabilidades e incompatibilidades, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia."68

6. Conclusión

Así las cosas, es claro que la aplicación de las normas de contratación llevada a cabo por el instituto nacional de vías –INVIAS-, no puede ser calificada en modo alguno como contraevidente o irracional; por el contrario corresponde a una interpretación legal jurídicamente admisible frente al ordenamiento constitucional, por lo que quedaba descartada la intervención del juez de tutela.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 Resolución 00702 del 13 de febrero de 1997. Licitación SCOL-01-97

2 En efecto la sociedad concesionaria referida se constituyó con el nombre de COMMSA S.A. bajo la forma de sociedad anónima de naturaleza comercial en la Notaria 51 de Bogotá mediante la escritura pública No. 5186 del 2 de diciembre de 1997 y se integró por los socios que a continuación se enuncian tal y como se denominan en ese documento: SACYR S.A., EMPRESA NACIONAL DE AUTOPISTAS S.A. –ENA-, ESTUDIOS Y PROYECTOS TECNICOS INDUSTRIALES S.A., ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A. -ACS-, BANCO

CENTRAL HISPANOAMERICANO S.A., INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL –IFI-, CASTRO TCHERASSI & CIA. LTDA, EQUIPO UNIVERSAL & CIA LTDA, GERCON LTDA, CORFIESTADO S.A. CORPORACION FINANCIERA, WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA.

3 Documento visible en el folio 683 del expediente T-438.775. Los incumplimientos a los que hace mención INVIAS en este documento son: 1. Incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la entrega al INVIAS de las certificaciones auditadas a que se refiere el numeral 5.22 de la cláusula quinta. 2. Incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el aporte del capital por parte del concesionario, contemplada en el numeral 6.3.1 de la cláusula sexta. 3. Incumplimiento de la obligación de efectuar el cierre financiero en la forma pactada en el numeral 2.1.2 de la cláusula segunda.

4 Esta sociedad no presentó recurso pero en la calidad de cedente de las acciones constitutivas de su participación en COMMSA. S.A. a favor de la CONSECIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. coadyuvo en el mismo. (Exp. T-458.915 Cuad. 1 FOLIO 630)

5 Relacionado con los descuentos pecuniarios establecidos en la cláusula vigésimo cuarta del contrato de concesión

6 Consulta que versó principalmente sobre si: "… ha de entenderse que al tenor de las normas vigentes, al declararse la inhabilidad para la sociedad contratista (COMMSA S.A.) ésta cobija también a los socios accionistas?"

7 Las providencias del Consejo de Estado se encuentran visibles, entre otros, en los folios 414 a 444 del Expediente T-438.775

8 Pedro Valencia Pinzón. Expediente T-438.775.

9 Valentín Hernández Molina según consta en las certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia (folios 25 y 26). Expediente T-442.931.

10 Ivan Emiro Márquez Barrios. Expediente T-445.010.

11 Pedro Valencia Pinzón. Expediente T-458.915.

12 Por medio de la cual se declaró la caducidad y terminación del contrato de concesión No. 0388 celebrado entre INVIAS y la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A.

13 Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución mencionada en el anterior pie de página.

14 La sociedad WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. actuó como sociedad participante en la licitación y posteriormente cedió su participación en COMMSA a la CONCESIONARIA WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., como en efecto consta en los títulos anexos al expediente T-458.915 folios 65-68.

15 A este respecto y en sustento de la tesis expuesta en las demandas se transcriben apartes de las sentencias T-359 de 1997 y T- 238 de 1996.

16 En relación con las actuaciones administrativas, citan, además, apartes de la sentencia T-238 de 1996 para hacer énfasis en que la inobservancia de los requisitos que regulan cada proceso, conlleva la lesión del derecho fundamental del debido proceso. Así mismo, en sustento de su argumento transcriben apartes que consideran pertinentes de la sentencia T-552 de 1992 M.P., Dr. Fabio Morón Díaz

17 Hace énfasis la demanda del expediente T445.010, en que los recursos de reposición estaban encaminados a controvertir el tema de la solidaridad y no el de la inhabilidad. Se afirma, además, que esta situación se reconoce expresamente por INVIAS al resolver la impugnación y al efecto transcribe el aparte pertinente de la resolución (folio 4)

18 Este aparte de las demandas está encaminado a desvirtuar el argumento con base en el cual INVIAS inhabilitó a los socios de COMMSA, arguyendo que la Ley 80 de 1993 prevé esta posibilidad en dos casos a saber: “Cuando se trata de sociedades de personas y cuando se trata de sociedades de objeto único”

19 Cfr. los conceptos rendidos por los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Libardo Rodríguez R, lo cuales obran en el expediente

20 Sobre este punto, el apoderado de INVIAS allegó en ocasión posterior pruebas documentales en las que supuestamente se reconoce el carácter de objeto único de la sociedad COMMSA S.A. (Folio 691)

21 Sentencia T-340 de 1997.

22 En apoyo de ésta tesis, afirma que la Corte Constitucional “reconoció que a la administración no se le puede obligar a escuchar a todo el que pueda tener interés en que se decrete o no la caducidad” y transcribe el aparte que considera pertinente de la sentencia T-569 de 1998 M.P., Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

23 Fallo del 6 de febrero de 2001

24 Artículo 48. Representación de personas jurídicas extranjeras. Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado con domicilio en el exterior, que establezcan negocios permanentes en Colombia, deberán constituir en el lugar donde tengan tales negocios, apoderados con capacidad para representarlas judicialmente. Con tal fin se protocolarizará en la notaría del respectivo circuito, prueba idónea de la existencia y representación de dichas personas jurídicas y del correspondiente poder. Un extracto de los documentos protocolizados se inscribirá en el registro de comercio del lugar, si se tratare de una sociedad, y en los demás casos, en el Ministerio de Justicia.

Las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan con las formalidades prescritas en este Código.

25 Artículo 65. Poderes. Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública.

En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

Los poderes o las sustituciones de éstos podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en este último caso

26 En apoyo de su tesis transcribe apartes de la sentencia C-531 de 1993.

27 Fallo del 13 de febrero de 2001.

28 Al respecto transcribe apartes de la resolución 002282 por medio de la cual se declaró la

caducidad del contrato.

29 En sustento de su tesis anexa a su solicitud una providencia de tutela proferida el 8 de febrero de 2000 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Augusto Galvez Argote.

30 Sobre el tema de la motivación de los actos administrativos, agrega que se trata de un requisito de fondo y no de forma que "ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión". A la vez que transcribe apartes que considera pertinentes de la sentencia C-054 de 1996.

31 Conclusión a la que llega tras la trascripción de los artículos 7, 8, y 32, de la Ley 80 de 1993.

32 Sentencia T-340 de 1997

33 También hace referencia, en relación con este tema, a la sentencia T-569 de 1998 M.P., Dr. Alfredo Beltrán Sierra, según la cual afirma que la Corte Constitucional "reconoció que a la administración no se le puede obligar a escuchar a todo el que pueda tener interés en que se decrete o no la caducidad"

34 Transcribe sobre el tema un extenso aparte de la sentencia C-214 de 1994 M.P., Dr. Antonio Barrera Carbonell.

35 El cual, advierte, fue invocado en el numeral 2 de la parte resolutiva del acto administrativo que declaró la caducidad

36 Concepto visible al folio 726 del expediente T-438.775

37 Oficio identificado con el número 014445 y fechado el 16 de junio de 20000 visible en el folio 263.

38 Al respecto hace mención a dos constancias expedidas por el representante legal de FIDUIFI – FIDUESTADO entidad que actuaba como administradora del patrimonio autónomo de fideicomiso II, en las cuales consta el pago de aportes al mismo por parte de las accionantes. (folios 608 y 609)

39 En este sentido transcribe apartes de la sentencia correspondiente al expediente T-134.132 de 1999.

40 Sentencia T-141 de 1996.

41 Sentencia T-663 de 1992.

42 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

43 Sentencia T-574 de 1994

44 Sin embargo no hay que perder de vista que: "No es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados. Sentencia T-468/99

45 Cfr. Sentencia C-1048 de 2001

46 Sentencia T-440 de 1994

47 Cfr. Sentencia SU-039 de 1997

48 Ver entre otras las Sentencias C-489 de 1996 y C-780 de 2001

49 Sentencia T-442 de 1992

50 Sentencia T-433 de 1998.

51 Sentencia T-195 de 1999

52 Sentencia de la Sala de Casación Penal de 15 de febrero de 1990.

53 Según doctrina de la Corte Constitucional, las inhabilidades e incompatibilidades no

constituyen pena o sanción accesoria , si no prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación. C- 489 DE 1996

54 Sentencia T – 550 del 7 de octubre de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

55 Ver sentencia T-188/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En este caso la Corte no concedió la tutela por encontrar respetado el debido proceso administrativo en las actuaciones del ICBF tendientes a proteger los derechos del menor hijo del accionante quien consideraba vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y al debido proceso)

56 La negrilla es nuestra.

57 "De acuerdo a lo esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." C-531-de 1993.

* 58 Artículo 4º. Escritura pública 5186 de diciembre 2 de 1997, notaría 51 de Bogotá. Y al tenor del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 quedan inhabilitadas para participar en licitaciones o concursos o en la celebración de contratos con entidades estatales por 5 años.

*

59 Decreto 2591 de 1991 "Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

60 Vid. Sentencia T-441 de 1993.

62 "Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

63 Sentencia T-01 de 1999

64 Sentencia T-121 de 1999.

65 Sentencia SU-087 de 1999.

66 Cfr. entre otras la sentencia T-504 de 2000.

67 T-1483 de 2000

68 Sentencia C-489 de 1996.