Sentencia SU.713/06

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia para el caso en el trámite del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de concesión del Chance

LICITACION PUBLICA Y PLIEGO DE CONDICIONES-Consideraciones generales

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias contractuales/ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias en un pliego de condiciones

PLIEGO DE CONDICIONES-Corresponde a un acto administrativo general/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Controversias sobre validez de actos precontractuales

Determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares; concretamente, y para efectos de la presente tutela, el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo general, pues fija las reglas que disciplinan el procedimiento de selección objetiva del contratista de manera impersonal, imparcial y abstracta frente a todos los proponentes. Ahora bien, la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción

contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular.

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

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador. Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria. Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.

LICITACION PUBLICA-Apertura/EJERCICIO DE LA ACCION CONTRACTUAL-Persona que demuestre interés directo

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Resuelve controversias relacionadas con pliegos de condiciones/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia excepcional para resolver controversias relacionadas con pliegos de condiciones

ACCION POPULAR-Mecanismo para resolver controversias en el curso de una licitación pública cuando se amenacen derechos colectivos

Existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo de defensa judicial que permite plantear la controversia acerca de la protección de algunos derechos constitucionales que eventualmente puedan resultar vulnerados en el curso de una licitación pública. En el ordenamiento jurídico se prevé a la acción popular, como una herramienta constitucional con la capacidad e idoneidad necesaria para obtener la declaratoria de nulidad o suspender los efectos de los actos administrativos precontractuales o el mismo contrato estatal, siempre que vulneren o amenacen derechos colectivos.

LEY 643 DE 2001-Regulación de la operación del juego de apuestas permanentes o Chance

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por ser el pliego de condiciones un acto administrativo de contenido general

La razón que impide la procedencia de la acción de tutela frente al pliego de condiciones se encuentra, en que dada su naturaleza de acto administrativo de contenido general, existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa judicial para controvertir la validez de su contenido normativo, en concreto, las acciones contenciosas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho

Se encuentra que frente al contenido del pliego de condiciones, INVERAPUESTAS S.A. tenía a su disposición las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para controvertir las irregularidades a las cuales hace referencia. Sin embargo, dejó caducar el término de 30 días previsto en la misma disposición a partir de su comunicación, notificación o publicación, para hacer efectivo su ejercicio, siendo improcedente que ahora a través de la acción de tutela se pretenda corregir la desidia, negligencia e impericia de dicha entidad en la presentación oportuna de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto Inverapuestas S.A puede acudir a la acción contractual

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia a partir de lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, INVERAPUESTAS S.A. tiene a su disposición otro mecanismo de defensa que le permitiría plantear ante la Justicia Administrativa, el control judicial respecto de las irregularidades cometidas en el trámite del proceso de selección para la adjudicación del contrato de explotación de apuestas permanentes "Chance". Al respecto, la citada sociedad podría acudir a la acción contractual solicitando la nulidad absoluta del contrato estatal para la explotación del monopolio de apuestas permanentes "Chance" en el Departamento de Bolívar, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, en concreto, la resolución de adjudicación.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no se acreditó perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para controvertir asuntos de mera legalidad

La presente acción de tutela no está llamada a prosperar, ni siquiera de forma transitoria, pues el debate que se plantea ante el juez constitucional, escapa al ámbito de protección de los derechos fundamentales, para concretarse en un juicio de legalidad, frente al cual el competente es el juez del contrato, y no el de los derechos.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto Inverapuestas S.A podía solicitar la suspensión provisional como medida cautelar

Si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio, por ejemplo, paralizando los efectos de un pliego de condiciones manifiestamente lesivo del derecho a la igualdad o impidiendo la celebración del contrato estatal por la suspensión del acto de adjudicación; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo prevalente de defensa judicial sobre las acciones contenciosas y la acción contractual, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria. La empresa accionante, en lugar de agotar las instancias procesales idóneas y efectivas para controvertir las irregularidades alegadas, pudiendo solicitar la suspensión provisional del acto que se estima lesivo de sus derechos constitucionalidad, acudió desde un principio a la acción de tutela, buscando indebidamente un amparo definitivo a sus intereses. Así las cosas, en este caso, no existe la menor duda acerca de la idoneidad y eficiencia de la suspensión provisional, como medida cautelar para suspender los efectos del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos subjetivos invocados por el accionante, por lo que aunado al hecho de la falta de demostración de un perjuicio irremediable, permite concluir que la acción de amparo constitucional propuesta no está llamada a prosperar.

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto por proferirse un nuevo acto administrativo que hace desaparecer los efectos nocivos del anterior proceso de licitación

Referencia: expediente T-851356

Peticionaria: INVERAPUESTAS S.A.

Demandado: Lotería de Bolívar.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena de Indias, en primera instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil, Familia-, en segunda instancia; dentro del trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por INVERAPUESTAS S.A. contra la Lotería de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

INVERAPUESTAS S.A., actuando a través de su representante legal, interpuso acción de tutela en contra de la Lotería de Bolívar, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad económica, a la buena fe y a la confianza legítima.

Conforme lo expone el accionante, la violación de los derechos fundamentales previamente reseñados, tiene ocurrencia en el desarrollo del proceso de licitación No. 01 de 2003 convocado por la Lotería de Bolívar, para adjudicar en concesión la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en el citado Departamento.

En atención a dicha circunstancia y dada la diversidad de acusaciones impetradas, esta Corporación procederá a realizar un cuadro ilustrativo de cada una de ellas.

VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO

CARGO

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

(i) Ilegalidad por ausencia de estudios previos.

LEY 80 DE 1993.

“Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

(...) 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

(...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.// La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”.

DECRETO 2170 DE 2002.

“Artículo 8°. De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la

contratación.

2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.

3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.

4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.

5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista”.

* El proceso licitatorio fue abierto sin haberse realizado los estudios previos exigidos en las normas reseñadas.

* En dicho proceso sólo se mostró un estudio en septiembre de 2002 por la firma CONTROLTECH, el cual careció de todos los elementos exigidos por el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, especialmente, en cuanto a las “condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo”.

CARGO

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

(ii) Ilegalidad en cuanto al señalamiento del valor mínimo de la propuesta.

LEY 643 DE 2001.

Artículo 23. “Derechos de explotación. Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o “Chance” pagarán mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.

Al momento de la presentación de la declaración de los derechos de explotación, se pagarán a título de anticipo de derechos de explotación del siguiente período, un valor equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los derechos de explotación que se declaran.

En el caso de nuevos concesionarios el primer pago de anticipo se realizará con base en los ingresos brutos esperados, de acuerdo con el estudio de mercado elaborado para el efecto y presentado en el marco de la licitación previa a la celebración del contrato de concesión.

Si se trata de concesionarios que ya venían operando el juego, el pago de anticipo que se realice a partir de la vigencia de la presente ley, se hará con base en el promedio simple de los ingresos brutos del concesionario de los doce (12) meses anteriores; en todo caso, el anticipo no podrá ser inferior al promedio de lo pagado como regalía en los últimos doce (12) meses.

Parágrafo. La diferencia entre el valor total de los derechos liquidados en el periodo y el anticipo pagado en el período anterior constituirá el remanente o saldo de los derechos de explotación a pagar por el período respectivo.

En el evento de que el valor total de los derechos de explotación del período sea inferior al anticipo liquidado por el mismo, procederá

el reconocimiento de compensaciones contra futuros derechos de explotación.

* El pliego de condiciones exige como valor mínimo de la propuesta, la suma futura a pagar de \$ 39.063'039.974.00, en un plazo de 5 años. (Punto 2.2.)

De igual manera, como causal de eliminación de la oferta se establece que la suma de la propuesta económica (derechos de explotación), sea inferior al valor mínimo exigido para participar. (Punto 5.5)

Así las cosas, se vulnera el artículo 23 de la citada ley, pues la Lotería de Bolívar lo que está exigiendo en el pliego de condiciones es que, por ejemplo, durante el primer año se le pague \$ 6.247' 184.473.00, venda o no venda el concesionario dicho valor, "o sea que si sus ventas brutas ascendieron a esa misma suma deberá entregarlo todo a la Lotería de Bolívar, lo que equivale a exigirle un porcentaje del 100%", cuando la ley tan sólo admite como tope máximo el 12%.

CARGO

NORMAS VIOLADAS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

(iii) Ilegalidad por la presentación del pliego de condiciones en forma incompleta.

DECRETO 2170 DE 2002.

Artículo 1°. "Publicidad de proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia. Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados. (...)".

* Afirma el accionante que el pliego de condiciones incluyó una copia de la minuta del contrato.

Sin embargo, la publicación se encuentra viciada pues el contenido del contrato no corresponde a las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, así las cosas, en su opinión, se trata de un pliego cuya revelación se hizo de forma incompleta.

Al respecto, pone de ejemplo, que mientras el pliego exige como derecho de explotación, el señalamiento por los oferentes de la suma de \$ 39.063'039.974, por cinco años de contrato (Punto 2.2.); en su lugar, dicho negocio jurídico, en la cláusula cuarta, se limita a exigir el 12% de los ingresos brutos.

CARGO

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

(iv) Ilegalidad por la exclusión del requisito “experiencia” como factor de selección y, además, extralimitación por su requerimiento en tratándose de socios y/o propietarios.

DECRETO 2170 de 2002. Artículo 4°, numeral 4°. “Del deber de selección objetiva. En desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y en relación con los procesos de selección, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tendrán en cuenta los siguientes criterios

(...) 4. Para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate. (...)”.

* Expone el accionante que en el punto 6° del pliego de condiciones se viola flagrantemente el artículo reseñado, pues se excluye el requisito de la “experiencia” como factor de selección y, por el contrario, se limita su exigibilidad -exclusivamente- a la condición de “factor habilitante” para participar en el proceso de selección.

En su criterio, el juego de apuestas permanentes o “Chance” es un servicio especializado que requiere el conocimiento del medio, del mercado, de la publicidad, de los caprichos y tendencias de los consumidores, etc.; excluir su exigibilidad como factor de selección, “resalta de bulto el interés en favorecer a alguien que no ganaría puntos en la calificación de

la experiencia, ese mismo alguien a quien seguramente se quiere proteger con el recurso de añadirle experiencia de socios y/o propietarios, esto es, de no LICITANTES”.

Dice, al respecto, el pliego:

“Certificaciones de experiencia en contrato de concesión del juego de apuestas permanentes “Chance”.

Para efectos de determinar el factor identificado como experiencia, se entenderá como CONCESIONARIO, el que ha suscrito contratos de concesión para la explotación del juego de suerte y azar de denominado Apuestas Permanentes “Chance”, con cualquiera de los Departamentos, Beneficiencias, Loterías o Empresas Industriales y Comerciales existentes en el país.

Las personas jurídicas proponentes demostrarán su experiencia de acuerdo con el tiempo en el cual hayan ejercido su actividad como concesionarios del juego de apuestas permanentes “Chance”.

Las personas jurídicas proponentes que acrediten una existencia inferior a veinticuatro (24) meses, demostrarán la experiencia con certificación expedida por la respectiva entidad concedente de la cual actualmente sea concesionario o con el promedio ponderado del tiempo en que hayan ejercido como concesionarios del juego de apuestas permanente “Chance”, sus socios y/o propietarios”.

CARGO

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

(v) Ilegalidad por la comparación de la capacidad financiera de los socios y no de los proponentes.

CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 98. “(...) La sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”

* En su opinión, el punto 7.2.5. del pliego de condiciones, referente a la capacidad financiera de los proponentes, permite que la misma se compruebe con el patrimonio de los socios. Lo anterior, a su juicio, rompe el principio de comparación objetiva, toda vez que “en un momento dado no se compara proponente frente a proponente sino proponente frente a los socios o propietarios de otro. En un momento dado se compara a quien va a ser el contratista con quienes no lo van a hacer”.

Por lo anterior, es claro que en las licitaciones sólo deben calificarse a los proponentes y no a quienes no tienen esa calidad, como lo son los socios o los propietarios.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“El oferente deberá acreditar poseer un patrimonio mínimo de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500 millones).

Las personas jurídicas proponentes que acrediten una existencia inferior a veinticuatro (24) meses, demostrarán la capacidad operacional financiera con los balances de apertura o con los estados financieros de sus socios y/o propietarios a 31 de diciembre de 2002”.

CARGO

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

(vi) Ilegalidad por la inclusión de factores de selección no definidos ni clarificados de forma suficiente.

LEY 80 DE 1993. Artículos 24, numeral 5°, literales b) y E).

“Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

b. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. (...)

e. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”.

* Como factor de selección dentro del pliego de condiciones se exige la “presentación de la certificación de su sistema de gestión de calidad expedida por una entidad debidamente acreditada por el Gobierno Nacional, para el desarrollo del objeto de esta licitación” y de la “presentación del plan de calidad que contenga un modelo de gestión de la calidad, certificable. El plan de calidad debe incluir los procedimientos requeridos por estos modelos y la forma como se cumplirán cada uno de sus requisitos”. (Punto 8.3)

Dice el accionante que además de tratarse de unas exigencias que aparecieron de “sorpresa” con la intención de favorecer a alguien, pues no estaban en los pre-pliegos publicados. No cumplen, bajo ninguna circunstancia, las exigencias de claridad definidas en la Ley 80 de 1993, ya que, en la actualidad, “no existen entidades acreditadas por el Gobierno Nacional para certificar la calidad de operadores de juegos de apuestas permanentes o ‘Chance’(...)”.

VIOLACIONES AL DERECHO A LA IGUALDAD

NORMAS VIOLADAS

EXIGENCIA DEL PLIEGO CONTRARIA AL DERECHO A LA IGUALDAD

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

LEY 643 DE 2001. Artículo 7°.

“Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años.

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* Punto 7.1 “EXPERIENCIA” que repite lo dicho en el punto 4 del capítulo 6.

* Punto 7.2.5. PATRIMONIO, el cual señala que: “El oferente deberá acreditar poseer un patrimonio mínimo de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500 millones).// Las personas jurídicas proponentes que acrediten una existencia inferior a veinticuatro (24) meses, demostrarán la capacidad operacional financiera con los balances de apertura o con los estados financieros de sus socios y/o propietarios a 31 de diciembre de 2002”.

Afirma el accionante que el tope de 24 meses previsto en las exigencias del pliego de condiciones, es arbitrario y conduce a inequidades. Para respaldar su argumento, pone el siguiente ejemplo: “Piénsese en el licitante persona jurídica que tiene 23 meses y 29 días de constituido frente a quien tiene justo 24 meses. Al primero se le permite que sume como suya la experiencia ajena, la de los socios y propietarios; al segundo, no se le permite”.

En su opinión, se trata de un capricho de la entidad accionada, pues al tenor del artículo 7° de la Ley 643 de 2001, tan sólo las personas jurídicas que son distintas de los socios o accionistas, son las que pueden ser objeto de evaluación y comparación para adjudicar la concesión en la explotación del monopolio de juego.

En esta medida, las exigencias del pliego de condiciones, “crean un privilegio en la comparación a favor de las personas jurídicas con menos de 24 meses de experiencia e infringe el principio de igualdad en el tratamiento de las personas que deben dispensar las autoridades públicas”.

VIOLACIÓN A LA LIBERTAD ECONÓMICA

Señala el accionante que el pliego de condiciones atenta contra la libertad económica, y en especial, contra el derecho a la libre competencia, pues sin que exista un estudio técnico que respalde dicha decisión, se pretende que todo el territorio del Departamento de Bolívar constituya una única zona, explotada por un sólo operador; desconociendo, caprichosamente, que en la actualidad se manejan siete zonas distintas a cargo de igual número de operadores.

Agrega el demandante que implícitamente en esta decisión se está constituyendo un monopolio de hecho, ya que se elimina a seis actores del mercado del juego.

A este respecto, sostiene que sí bien el juego de apuestas permanentes es un arbitrio rentístico para los departamentos, ello no comporta por sí mismo la obligación de que los entes territoriales lo adjudiquen con criterio monopolístico, cuando por decisiones anteriores de esos mismos entes territoriales, existe pluralidad de agentes operadores en el mercado.

VIOLACIÓN A LA BUENA FE Y A LA CONFIANZA LEGÍTIMA

El conjunto de razones para estimar vulneradas las citadas garantías constitucionales, se expresan en la demanda en los siguientes términos:

“(…) La Lotería de Bolívar no ha obrado con buena fe respecto a los participantes. El proceso licitatorio, a todas luces, está configurándose a la medida de algún oferente que no reúne las exigencias normales y para quien hay que adaptarlas.

En el pre-pliego, como ya se dijo, el factor experiencia tenía calificación, por subrayarse en ese pre-pliego, que la operación del chance es un servicio especializado. En el pliego se omite esa mención para, así tranquilamente, quitar la calificación a la experiencia relevante.

La LOTERÍA DE BOLÍVAR no ha realizado los estudios previos determinados por el Decreto 2170 de 2002. Si ha realizado estudios complementarios al de CONTROLTECH de septiembre de 2002, tales estudios complementarios HAN SIDO OCULTADOS al público en general y a los interesados en participar en esta licitación. En la página web no han sido mostrados.

La confianza legítima de las personas en la administración, que es un derecho fundamental, ha sido menoscabada. Ejemplo diciente de ello, que en el pre-pliego se hubiesen dado unas bases de calificación que se alteran en el pliego y que sólo vienen a conocer los interesados a partir de las 10 de la mañana del día 4 de agosto. Tal es el caso de los requerimientos sobre la gestión de calidad, ya arriba comentados. Los cuales ni siquiera se definen en el capítulo correspondiente del pliego.

Es obvio que ese requisito no es [susceptible de ser cumplido] en tres días hábiles (el 4 de agosto a las 10:00 salen los pliegos a la venta, el martes 5 y el miércoles 6 son laborables, el 7 de agosto es fiesta patria, el 8 de agosto es laborable, el 9 y 10 por ser sábado y domingo no son laborables) y el 11 se cierra la licitación. En un país en que para atender el derecho de petición la autoridad goza de no menos de quince (15) días hábiles (véanse artículos 5°, 6° y 9° del Código Contencioso Administrativo), es contrario a la buena fe de la autoridad sorprender a los interesados con requisitos cuyo cumplimiento demandan el ejercicio del derecho de petición, si para llenar ese requisito sólo se deja un margen de 3 días hábiles.

Del mismo modo, en el pre-pliego de condiciones se dijo que se calificaría el número de puestos de venta de que cada oferente dispusiera. En el pliego se suprime esa calificación,

muy a pesar de dejar la definición de puestos de venta, ahora inoficiosos”.

Finalmente, el accionante señala que toda actuación de las autoridades públicas que se desenvuelva a través de móviles contrarios al ordenamiento jurídico, es constitutiva de desviación de poder. Y que, en el presente caso, se encuentran probadas las siguientes:

“1. Con el inocultable fin de disminuir la posibilidad de intervención de la comunidad, de veedurías y de interesados los 10 días de publicidad del pre-pliego (...) se pusieron entre lunes feriados. Es decir, sólo cuatro días laborales. La ley habla de días comunes, pero sólo la malicia escoge un plazo que inicie en sábado feriado y culmine en lunes feriado.

2. Al pre-pliego no se acompañó la minuta del contrato proyectado.

3. En el pre-pliego se omite señalar un punto relevante, muy relevante, como que luego se otorgará una significativa calificación (15%) al sistema de gestión de calidad.

4. En el pliego no se define qué se entiende por sistema de gestión de calidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6. Esa connotación de “servicios especializados” desaparece en el pliego definitivo.

7. No son “servicios especializados”, según el pliego, pero a pesar de ello se exige la experiencia en el preciso ramo del juego de apuestas permanentes como requisito habilitante para licitar. O sea, no cualquier persona jurídica puede concursar sino las que conozcan el ramo y lo hayan ejercido.

8. No se califica la experiencia, como lo manda el artículo 4° del Decreto 2170.

9. A unos, sólo a unos -los menores de 24 meses de existencia jurídica-, les permite sumar la experiencia ajena, tan ajena que es la de los no participantes en la licitación.

10. A unos, sólo a unos -los menores de 24 meses de existencia jurídica-, les permite sumar

la capacidad operacional financiera ajena, tan ajena que es la de los no participantes en la licitación.

11. No se hacen los estudios ordenados por el Decreto 2170 de 2002 y si se hacen estudios nuevos, se ocultan al público en general y a los interesados en la licitación.

12. La minuta del contrato se contradice con el pliego de condiciones en asuntos sustanciales como es la obligación económica del contratista.

Todas estas actuaciones, en su opinión, llevan marcado el mensaje de quebrantar la ley para amañar la licitación al tamaño y calidades de un licitante. Además de no permitir el ejercicio libre y transparente del derecho a la competencia, en los términos reconocidos por la Constitución. En últimas, “la administración hace uso de su poder para desviar la licitación de la finalidad constitucional y legal y enderezarla al favorecimiento particular de alguien”.

De lo expuesto en el texto de la demanda, se concluye que el accionante pretende la suspensión del proceso licitatorio y, además, la elaboración de un nuevo pliego de condiciones que no vulnere las garantías fundamentales de los participantes en dicho proceso de selección.

2. Oposición a la demanda de tutela

En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, el señor Wilson Peinado Vargas, Gerente Ad-Hoc de la Lotería de Bolívar, presentó un escrito oponiéndose a las pretensiones y argumentos del demandante. En apoyo de lo anterior, expuso:

La entidad demandada tuvo en cuenta dos estudios técnicos para abrir la licitación. En

primer lugar, uno elaborado por la división de apuestas permanentes de la Lotería y, en segundo término, el estudio contratado con la firma CONTROLTECH. Así las cosas, la Lotería de Bolívar en ningún momento ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, ya que previo a la apertura de la licitación se realizaron los estudios forzosos y obligatorios, conforme lo ordenan la Ley 643 de 2001 y el Decreto 2170 de 2002.

Tanto la modificación de los pre-pliegos como de los pliegos de condiciones está permitida por la ley, bajo las precisas condiciones señaladas en el estatuto de la contratación estatal. Además, todos los documentos relacionados con la licitación pública han sido dados a conocer y se han otorgado todas las oportunidades para aclarar, precisar o modificar su contenido.

La sociedad INVERAPUESTAS S.A. intervino en la audiencia de aclaración del pliego de condiciones de la presente licitación, como se prueba con el acta de dicha audiencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bajo ninguna circunstancia, la Lotería de Bolívar pretende derogar el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, referente a los derechos de explotación. La suma correspondiente a \$ 39.063'039.974 m/cte relacionada en varios apartes del pliego de condiciones, es simplemente un estimativo del valor del contrato y un factor de comparación de las ofertas.

La calificación de la experiencia como factor de selección, según lo expuesto en el artículo 4° del Decreto 2170 de 2002, únicamente resulta exigible en los contratos de prestación de servicios especializados. Dicha modalidad contractual es manifiestamente contraria al contrato de concesión, y por ello, tan sólo se procedió a reconocerla como requisito habilitante.

La posibilidad de acreditar la experiencia con las certificaciones de los socios y/o propietarios de la compañía licitante, se fundamenta en la necesidad de garantizar el principio de concurrencia en la contratación estatal, ya que a partir de la sentencia C-031 de 2003 de la Corte Constitucional¹, solamente las personas jurídicas pueden actuar como concesionarios en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar. En esta medida, de no resultar válido el citado método de acreditación de la experiencia, la Lotería de Bolívar, se pregunta: ¿Cómo se pueden calificar las propuestas presentadas por participantes bajo la modalidad de promesas de contrato de sociedad, sociedades proyecto o asociaciones futuras? 2

A través de “adendo” a los pliegos de condiciones se eliminó la exigencia referente a la “certificación de la calidad”, toda vez que efectivamente como lo relacionó INVERAPUESTAS S.A. no existe autoridad nacional que certifique dicho requerimiento. Con todo, se preserva la calificación sobre el “plan de calidad”, en aras de velar por la eficiencia en el desenvolvimiento de la concesión.

Finalmente, estima que existen otros mecanismos de defensa judicial para controvertir las ilegalidades supuestamente reseñadas por la sociedad accionante y que, en el presente caso, no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de amparo constitucional.

3. Intervenciones de terceros con interés

La señora Enilse López Romero, representante legal de Apuestas el Gato E.U., a través de apoderado judicial presentó un escrito oponiéndose a las pretensiones y argumentos del demandante. Como fundamentos para negar el amparo constitucional esgrimió los siguientes:

* Debe rechazarse de plano la solicitud impetrada por INVER-APUESTAS S.A., pues sin motivo justificado y con temeridad en su proceder, se promovió una acción de tutela por los mismos hechos y en protección del mismo derecho, pese haberse manifestado bajo la gravedad de juramento lo contrario.

* En ningún momento la Lotería de Bolívar ha conculcado, amenazado o desconocido el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad INVERAPUESTAS S.A.; pues el pliego de condiciones es un acto general, impersonal y abstracto, el cual carece de la idoneidad para afectar los derechos subjetivos de alguien.

* De igual manera, se han otorgado todas las garantías pre-contractuales previstas en la ley, con el propósito de permitir la realización de todas las precisiones y/o aclaraciones pertinentes al contenido del pliego. Sin embargo, a partir de la lectura de las tutelas interpuestas, es claro que lejos de existir una violación a los derechos fundamentales impetrados, lo que en realidad pretende INVERAPUESTAS S.A., es que la Administración se despoje de su poder exorbitante y unilateral, para acondicionar los pliegos a todas sus sugerencias y, en especial, a las condiciones o supuestos que la harían acreedora de la adjudicación del contrato de concesión para la explotación del "Chance".

* Arguye que la pretensión de INVERAPUESTAS S.A. conduce a una manifiesta desviación de poder, toda vez que cuando se ha realizado la publicación de los pliegos, no es posible realizar modificación alguna a su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad que rige el estatuto de la contratación estatal. En su lugar, dicho estatuto tan sólo admite la precisión y aclaración del contenido del pliego, como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia nacional. Así las cosas, modificar el pliego de condiciones según el querer de la sociedad accionante, constituye una actuación contraria a derecho, lo que en últimas se convierte en la principal razón para negar el amparo impetrado.

* En relación con los estudios previos a la apertura del proceso de licitación, el interviniente considera que el estudio presentado por la firma CONTROLTECH reúne todas las condiciones de seriedad, suficiencia e idoneidad reclamadas por el demandante y además se ajusta a los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función administrativa (C.P. art. 209). Por otra parte, estima que su exigibilidad en este proceso de licitación no es viable, pues las apuestas permanentes no son un servicio especializado (Decreto 2170 de 2002, art. 4°), sino un monopolio rentístico de propiedad del Estado, cedido a los Departamentos, para que a través de las Loterías o de las entidades descentralizadas, lo concedan por intermedio de un contrato de concesión por el término de cinco (5) años.

* Agrega que la modificación del pre-pliego no constituye una actuación contraria a derecho por parte de la Lotería de Bolívar, pues en ningún momento se trata de un acto administrativo definitivo sino de trámite, y por lo mismo, la intangibilidad de las condiciones se predica del pliego y no de los documentos previos que se formulan para su realización por la Administración.

* Frente a la violación del derecho a la libertad económica, el interviniente sostiene que los juegos de suerte y azar, entre ellos el de apuestas permanentes "Chance", es una actividad monopolizada por el Estado cuyo fin primordial es servir de fuente para la generación de recursos a favor de la salud pública; se trata entonces de un sector frente al cual no son exigibles las premisas de la libertad económica, pues se encuentra excluido de las leyes del mercado. Así las cosas, "la circunstancia de que INVERAPUESTAS S.A., se venga desempeñando como concesionario para la operación del juego de las apuestas permanentes en el Departamento de Bolívar, no implica que tiene derecho a la perpetuidad en la explotación de dicha actividad monopolística del Estado y el hecho que la Lotería de Bolívar haya ordenado la apertura de un proceso licitatorio para adjudicar la explotación de dicha actividad no le está desconociendo, vulnerado o amenazando los derechos a la libertad económica, de empresa o de libre competencia. Basta con observar que el objeto social de INVERAPUESTAS S.A., no es solo la explotación de juegos de suerte y azar, sino toda una gama de actividades comerciales, las cuales se hallan plasmados en sus estatutos sociales".

* Finalmente, estima que la buena fe y la confianza legítima han sido desconocidos por INVERAPUESTAS S.A., quien ha interpuesto a través de su apoderado más de tres (3) acciones de tutela para suspender e impedir el proceso de licitación, con grave perjuicio para los recursos de la salud, los cuales dependen de la concesión del contrato de apuestas permanentes “Chance” que debe obligatoriamente celebrar cada cinco (5) años las Loterías o empresas descentralizadas correspondientes, según lo ordena la Ley 643 de 2001, en el artículo 223.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Primera instancia

El Juzgado Quinto de Familia de Cartagena de Indias, mediante sentencia proferida el veinticuatro (24) de septiembre de 2003, negó la tutela interpuesta con fundamento en las siguientes razones:

Luego de describir el contenido normativo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la modificación realizada por el artículo 32 de la Ley 446 de 19984, el juez de instancia considera que la entidad accionante tenía a su disposición la acción contractual para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el pliego de condiciones, el cual, en su opinión, constituye un típico acto administrativo preparatorio del contrato estatal.

Considera además que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que para su demostración es indispensable probar la presencia de un derecho susceptible de pérdida, menoscabo, deterioro o daño. A su juicio, la sociedad accionante como cualquiera de los interesados en participar en la licitación tienen una mera expectativa de obtener la adjudicación del contrato, luego no se aprecia la afectación de derecho fundamental o contractual alguno.

Finalmente, a pesar de coexistir varias demandas de tutela referentes al proceso de licitación, y aun cuando algunas de ellas fueron interpuestas por INVERAPUESTAS S.A., no es posible acreditar la existencia de temeridad, pues se fundamentan en hechos distintos sin importar la invocación recurrente de la violación al debido proceso.

2.2. Impugnación del fallo

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Viene probado en el expediente que INVERAPUESTAS S.A. lleva más de 15 años en el negocio del chance, en contrato con la LOTERÍA DE BOLÍVAR, y que es el actual concesionario de la zona de Cartagena y sus municipios aledaños (Turbaco, Arjona, Turbana, Santa Rosa, Villanueva, Clemencia y Santa Catalina). Cuando sin estudio que lo justifique, contrariando lo ordenado en el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, se determina que todo el territorio del Departamento de Bolívar constituya una sola zona que se adjudicará en un solo contrato, INVERAPUESTAS S.A. sufre daño. Al convertirse en una sola zona del Departamento le tocaría extender su acción a los Montes de María, Magangué y a todos los Municipios del sur, como Achí, Barranco de Loba y Simití lo cual demanda una logística especial por las dificultades de orden público, de comunicaciones y de carreteras. Eso implica una organización distinta, en

las cuales hoy no es confiable el sistema en línea para apuestas sistematizadas porque la telefonía es deficiente y lo mismo la electricidad; en el sistema de apuestas manuales los sistemas de control se hacen difíciles, etc”.

2.3. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, mediante sentencia proferida el veintiocho (28) de octubre de 2003 (Magistrado Ponente: Alcides Morales Acacio), revocó el fallo impugnado con base en las siguientes consideraciones:

A juicio del Tribunal, se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, ya que la Lotería de Bolívar no acreditó los estudios previos exigidos en el Decreto 2170 de 2002, pues los documentos relacionados por la firma CONTROLTECH y el informe elaborado por el Jefe de la División de Apuestas, “no contemplan: ‘Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo’. En el caso del juego de apuestas permanentes o chance, el lugar de ejecución es el aspecto de suma y [vital] importancia porque los demás los fija la ley. Sin embargo en el estudio citado [documentos relacionados por CONTROLTECH], se indica con claridad que determinar si en el Departamento de Bolívar se contrata a un solo operador para todo el territorio o si se sigue la actual decisión del departamento en siete zonas es cuestión que requiere análisis separado. Allí mismo se consiga que los escenarios que se plantean son consideraciones que necesitan profundización”.

Estima adicionalmente que se violan los artículos 23 de la Ley 643 de 2001 y 84 de la Constitución Política, cuando se obliga a licitar por el valor mínimo de derechos de explotación relacionados en la suma de \$ 39.063'039.974 y, con posterioridad, en el contrato que se pretende firmar, se aclara que la obligación del concesionario se limita al 12% de los ingresos brutos. En opinión del Tribunal, no hay razón alguna para establecer como requisito

habilitante de las ofertas una suma aproximada de derechos de explotación, cuando se sabe que existe una obligación clara y expresa de naturaleza legal que fija el valor unánime de explotación para todos y cada uno de los contratistas, un actuar en dicho sentido estaría vulnerando el principio de igualdad, pues por mandamiento legal expreso todas las ofertas en cuanto a la expectativa económica deben ser exactamente iguales.

En idéntico sentido, considera que la exigencia de un valor mínimo de derechos de explotación cuando en el contrato proyectado sí se limita el pago al monto legal del 12% de los ingresos brutos, desconoce el artículo 24, numeral 4°, literal e), de la Ley 80 de 1993, que obliga a las autoridades estatales a no establecer cláusulas o pautas que induzcan a error y que, por lo mismo, vulneren el principio de transparencia.

Arguye que se viola el derecho a la igualdad, además, cuando se permite acreditar la experiencia del licitante con la experiencia de los socios y/o propietarios. Señala que dicha posibilidad sólo es permitida para el registro de proponentes, el cual no es exigible en esta modalidad contractual (contrato de concesión), sino en los contratos de obra, consultoría, suministro y compra-venta.

Estima que la sumatoria de la capacidad financiera de los socios y/o propietarios de las personas jurídicas licitantes igualmente vulnera el derecho a la igualdad como el principio de la comparación objetiva. Al respecto, el Tribunal manifiesta: "(...) la capacidad financiera debe ser la del proponente no la de sus socios. De lo contrario se rompe el principio de la comparación objetiva: En efecto, en un momento dado no se compara proponente frente a proponente sino a un proponente frente a los socios o propietarios de otro. Es decir que un momento dado se compara a quien va a ser el contratista con quienes no lo van a hacer. No resulta regular que la calificación de un futuro contratista se dé con base en la calificación de personas que no lo son".

En seguida se afirma por parte del Tribunal que el contrato para la explotación de apuestas permanentes “Chance” corresponde a un típico contrato de prestación de servicios especializados, pues requiere de una basta experiencia en el conocimiento de las operaciones de juego. Al respecto, en uno de los apartes del citado fallo, manifestó:

“El juego de apuestas permanentes o chance implica un conocimiento técnico, saber hacer las cosas (know how) supone conocimientos especializados del medio del mercado, de la publicidad del manejo sistematizado, de los caprichos y tendencia de los consumidores, de los hábitos de los jugadores, de habilidades especiales para vender, de estudios para ubicar puestos de ventas, de controles particulares de organización idónea y adecuada. Es decir una gama de factores que no cualquier persona o empresas está en capacidad de ofrecer. Por eso son servicios especiales, servicios no ordinarios o comunes que no se pueden desempeñar por cualquiera. La Lotería ha estimado que lo de servicios calificados puede depender de su absoluta voluntad y no es así. La Ley 643 de 2001 y el Decreto 1350 de 2003 conllevan un reconocimiento a la realidad: Los operadores de juego prestan servicios especializados en ese campo”.

De suerte que al desconocerse la naturaleza de servicio especializado, se vulnera por contera el artículo 4° del Decreto 2170 de 2002, el cual exige en dicha modalidad contractual el sometimiento al requisito de experiencia, como principal factor para adjudicar un contrato en desarrollo de un proceso de licitación.

A pesar de reconocerse la existencia de otro medio de defensa judicial, esto es el previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁵, el Tribunal considera que las violaciones previamente reseñadas dan lugar a conferir un amparo definitivo a favor de INVERAPUESTAS S.A., en atención a las siguientes circunstancias:

(i) Es jurisprudencia constitucionalmente reconocida que la acción de tutela en cuanto a su

prosperidad debe analizarse en cada caso concreto, de donde resulta que, si a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, los mismos no resultan lo suficientemente idóneos para otorgar una protección integral, debe dársele prevalencia a la acción de amparo constitucional⁶.

En el presente caso, el Tribunal arguye que ante la violación flagrante del debido proceso, y dado que las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho no permiten suspender el proceso licitatorio, es indispensable conceder el amparo de manera definitiva, pues no existe otro mecanismo jurídico que otorgue un remedio integral al restablecimiento pretendido por INVERAPUESTAS S.A.⁷

(ii) Se trata de un precedente reiterado por el mismo Tribunal, por ejemplo en la acción de tutela instaurada por Sergio Hernández Gamarra contra la Junta General Escrutadora de la Universidad de Cartagena, fallo que se confirmó, en revisión, a través de la sentencia T-182 de 2001.

(iii) Al haberse adjudicado el contrato para la explotación del juego de apuestas permanentes, como sucedió en este caso, la única acción viable y admisible conforme al ordenamiento legal contra dicha decisión, es la acción contractual. Sin embargo, su prosperidad se somete en cuanto al acatamiento de las reglas de la legitimación, a que su interposición se realice por un tercero con interés directo en el proceso.

Esto significa que, en opinión del Tribunal, aquellas personas que no participaron en el proceso licitatorio carecen de legitimación para interponer la acción contractual, convalidándose así la procedencia definitiva de la acción de tutela, cuando dicha falta de participación tuvo su origen en el establecimiento de condiciones artificiosas en el pliego de condiciones contrarias a los principios de concurrencia y transparencia que regulan el proceso de selección de contratistas.

Conforme a lo expuesto, el Tribunal concluye que:

“(…) El tutelante no pudo hacer uso de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho una vez se adjudicó el contrato dadas las circunstancias fácticas que se presentaron y la inmediatez de su celebración coactando la opción a que ejercitara la acción para propender por el restablecimiento de su derecho constitucional violado y, como queda dicho tampoco tiene posibilidad de iniciar la acción contractual porque no sería persona legitimada dentro de ese proceso o mejor, persona que se pudiese legitimar dentro de ese proceso. Resta entonces como única tabla salvadora de su derecho constitucional violado el mecanismo de la acción de tutela, pero no ya como mecanismo transitorio sino como mecanismo fundamental o principal porque en realidad de verdad el tutelante no tiene otro medio judicial en este caso para solicitar del Estado Colombiano en función judicial constitucional que se le restablezca la violación a los derechos que se le han conculcado”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Partiendo de todas estas consideraciones, resuelve:

“PRIMERO: Revocar la sentencia impugnada de fecha 24 de septiembre de 2003 de primer grado.

SEGUNDO: En su lugar, se accede a tutelar el derecho constitucional al debido proceso invocado por la accionante INVERAPUESTAS S.A.

TERCERO: Consecuencialmente declárese sin valor jurídico el proceso licitatorio número 01 de 2003 realizado por la LOTERÍA DE BOLÍVAR, adjudicado mediante la Resolución Número

163 de 30 de septiembre de 2003, y que culminó con el contrato de concesión de 1° de octubre de 2003; el cual deberá rehacerse íntegramente conforme a los cánones legales citados en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: Ordenase a la LOTERÍA DE BOLÍVAR restablecer a la accionante INVERAPUESTAS S.A. y los citados APUESTAS PERMANENTES EL PERRO LTDA, APUESTAS PERMANENTES DE BOLÍVAR E.U. ENILSE LÓPEZ ROMERO APUESTAS EL GATO E.U. Y ALCIRA QUINTERO CASTILLO E.U., en los derechos que venían gozando de prórroga del contrato de concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes chance, en la misma forma anterior a la licitación y hasta que se haga la adjudicación del mismo en legal forma”.

2.4. Solicitud de adición del fallo de segunda instancia

En ejercicio del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil⁸, el representante legal de la Lotería de Bolívar mediante escrito presentado el día 30 de octubre de 2003, le solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, “que se adicione el fallo en cuanto que señale término perentorio a la Lotería de Bolívar para que cumpla el fallo dictado por esa Sala en 28 de octubre de 2003”⁹.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, mediante providencia del 31 de octubre de 2003, accedió a la solicitud de la Lotería de Bolívar y dispuso entonces que el cumplimiento de la orden tendría lugar dentro de las 48 horas siguientes a la ejecutoria de la presente decisión. Además, estimó que incurrió en el ordinal número “CUARTO” de la parte resolutive en un error por omisión o cambio de palabras, susceptible de ser corregido oficiosamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil¹⁰.

Al respecto, estableció que:

“De otra parte, el artículo 310 del C. de P.C., permite oficiosamente la corrección de errores en las providencias ‘por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas’. Y, precisamente, acontece que en el ordinal ‘CUARTO’ parte resolutive de la sentencia, se utilizó la expresión ‘de prórroga del contrato’, cuando se quiso consignar la calidad de operadores del juego de chance, como lo exteriorizan las motivaciones y la certificación emitida por la Lotería de Bolívar; al igual que se consignó ‘y hasta’ cuando debió consignarse ‘para’ debiendo hacerse las correcciones del caso”.

Conforme a lo expuesto, el ordinal CUARTO de la parte resolutive quedó del siguiente tenor:

“PRIMERO: Adicionar y corregir la sentencia con fecha 28 de octubre de 2003, parte resolutive, en el ordinal 4º, que queda de la siguiente manera: // CUARTO. Ordenase a la Lotería de Bolívar restablecer, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, a la accionante INVERAPUESTAS S.A. y los citados APUESTAS PERMANENTES EL PERRO LTDA, APUESTAS PERMANENTES DE BOLÍVAR E.U. ENILSE LÓPEZ ROMERO APUESTAS EL GATO E.U. Y ALCIRA QUINTERO CASTILLO E.U., en los derechos que venían gozando como operadores de concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes chance, en la misma forma anterior a la licitación, para que se haga la adjudicación del mismo en legal forma”.

2.5. Insistencia de la Defensoría del Pueblo

Para el Defensor del Pueblo, el argumento esgrimido por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cartagena, referente a la imposibilidad de INVERAPUESTAS S.A. para impetrar judicialmente la acción contractual, carece de validez, pues en su opinión, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, le ha reconocido legitimidad para demandar la nulidad de un contrato estatal, a quienes detentaban la condición de concesionarios y a los nuevos aspirantes en una licitación. Al respecto, pone de presente el siguiente fallo judicial:

“De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán interés directo en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otros proponentes ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal (...)”¹¹.

Afirma igualmente que la empresa INVERAPUESTAS S.A. dejó vencer los términos legales previstos en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para la interposición de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos a la celebración del contrato, de manera que no puede el juez de tutela tornar a la acción de amparo constitucional en un mecanismo adicional o complementario, para suplir las deficiencias en que hayan incurrido las partes en el ejercicio de los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento procesal.

De igual manera, considera que la posición del Tribunal acerca de la imposibilidad de suspender el proceso licitatorio a través del ejercicio de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho es incorrecta, ya que el Consejo de Estado, en diversas oportunidades, ha reconocido que los actos previos a la celebración del contrato, como típicos actos administrativos, pueden ser objeto de suspensión provisional, en los términos y condiciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Para fundamentar la citada posición, esgrime el siguiente pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso

Administrativo, conforme al cual:

“La acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo comprende no sólo las controversias derivadas de la existencia, nulidad o incumplimiento del contrato estatal sino que también es la vía procesal adecuada para impugnar los actos administrativos dictados con motivo y ocasión de la actividad contractual, tal como lo había definido la jurisprudencia y ahora expresamente la Ley 80 de 1993.

Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, es este caso del contratista”¹².

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Arguye, además, que la razón que motivó la prosperidad del amparo pretendido, se encuentra en el desconocimiento del “principio de legalidad que debe presidir todas las actuaciones administrativas”¹³, causal prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo para demandar la nulidad de los actos proferidos por la Administración, propósito frente al cual, es indiscutible que se reconocen acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no susceptibles de ser reemplazadas a través de la protección conferida en tutela.

Finalmente estima que ni siquiera era procedente conferir el amparo de manera transitoria, toda vez que INVERAPUESTAS S.A. no acreditó la condición de oferente, circunstancia que, conforme a la doctrina expuesta en la sentencia SU-1219 de 2001, le hubiese permitido al menos demostrar sumariamente la realización de un daño irremediable e inminente sobre un derecho objeto de garantía constitucional.

1. Intervenciones en el proceso de revisión

2.6.1. Intervención de la Lotería de Bolívar

A través de apoderado judicial, la Lotería de Bolívar intervino en el proceso de revisión solicitando la revocatoria del fallo de instancia. A juicio de la citada Lotería, la acción de tutela no puede convertirse en una herramienta para reemplazar los medios de ordinarios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico.

En su opinión, lo que se pretende por INVERAPUESTAS S.A., es sustituir ilegalmente las reglas de procedencia del amparo tutelar, corrigiendo su negligencia en el uso de los medios ordinarios, tanto así que presentó de forma extemporánea acción de nulidad contra la Resolución No. 163 del 30 de septiembre de 2003 por la cual la Lotería de Bolívar adjudicó la licitación pública No. 01 del mismo año; solicitud que fue rechazada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cartagena mediante providencia del 20 de febrero de 2004.

Afirma que la conducta asumida por INVERAPUESTAS S.A., a todas luces fue y ha sido temeraria, en la medida en que no sólo interpuso la presente acción, sino que por los mismos y pretensiones y en relación con las mismas partes instauró varias acciones de amparo constitucional.

Agrega que a través de la acción de tutela no se pueden desconocer actos administrativos de carácter general, impersonal y abstractos, como lo son aquellos que se profieren con anterioridad a la celebración del contrato estatal. En sus propias palabras, manifestó:

“Si tenemos en cuenta que el Pliego de Condiciones tiene la categoría de un acto administrativo de carácter general, contra el mismo es improcedente la tutela por señalarlo así el artículo 6° numeral 5° del Decreto 2591 de 19991. Los actos de carácter general, impersonal y abstractos, no tienen un destinatario específico, son obligatorios para todo el mundo, para todos los que deseen participar en el proceso licitatorio. En cambio, la tutela, está concebida como protección contra violación o amenaza personal, real y concreta. Contra esta clase de actos de carácter general, operan otras acciones como las de inexequibilidad o las contenciosas administrativas de nulidad y con ella la medida de la suspensión provisional que tiene iguales o mejores efectos que la tutela, por ser también una medida cautelar.// En síntesis, no es procedente la suspensión de un proceso contractual de derecho público por la vía de la tutela, cuando existe otro mecanismo de defensa judicial ágil y expedito como las acciones contenciosas administrativas y con ellas la medida cautelar de la suspensión provisional”

Para el caso sub-judice, estima que INVERAPUESTAS S.A. tiene a su disposición la acción contractual, frente a la cual en su condición de anterior concesionario es predicable un interés directo.

Aduce que la Corte Constitucional ha sostenido que una persona se encuentra legitimada para interponer una acción de tutela en relación con disputas que se presenten dentro del desarrollo de un proceso de licitación, siempre que el accionante tenga la condición de oferente¹⁴. En el caso en particular, INVERAPUESTAS S.A. dentro de la licitación Pública No. 01 de 2003, únicamente se limitó a adquirir el pliego de condiciones, más no presentó propuesta dentro de la misma.

Finalmente, argumenta que habiendo sido adjudicado el contrato para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” a la empresa unipersonal Apuestas El Gato E.U15,

en el presente caso, se presenta la figura del hecho consumado, que conforme a jurisprudencia reiterada por esta Corporación, hace inoperante el amparo tutelar.

2.6.2. Intervención de Apuestas El Gato E.U.

Mediante apoderado judicial, la empresa unipersonal Apuestas El Gato E.U., solicitó a la Corte Constitucional rechazar el amparo pretendido, porque sin motivo expresamente justificado, la sociedad INVERAPUESTAS S.A., a través de su representante legal Gabriel Andraus Burgos, interpuso otras acciones de tutela por los mismos hechos y pretensiones ante otras autoridades judiciales.

Argumenta que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, regula las acciones pertinentes para resolver las controversias contractuales, convirtiendo a la acción de tutela en un mecanismo subsidiario de defensa judicial, no susceptible de ser conferido de manera definitiva y permanente, así reconoce: (i) Que únicamente las partes a través de la acción contractual podrán exigir la declaratoria de existencia o nulidad del contrato estatal y que, a su vez, se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, tales como, que se ordene su revisión, se disponga su incumplimiento o se decrete una indemnización de perjuicios; (ii) En ejercicio de la misma acción contractual, el Ministerio Público o cualquier tercero con interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. Dichos terceros son, en principio, quienes han intervenido en la licitación, como “las personas que pudieron ser licitante, por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio, y sin embargo, la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal”¹⁶; (iii) Los actos precontractuales, son demandables mediante las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, pero la interposición de estas acciones, no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato; (iv) Una vez celebrado el negocio contractual, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, obviamente, por intermedio de la acción contractual.

Así las cosas, considera que INVERAPUESTAS S.A. tiene en la actualidad la posibilidad de ejercer la acción contractual para solicitar la nulidad del contrato, con la única carga de probar el interés directo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, circunstancia que, conforme a lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, deslegitima la procedencia del amparo constitucional, pues ésta acción sólo opera bajo la regla indiscutible de la subsidiaridad.

Por otra parte, afirma que INVERAPUESTAS S.A. tuvo a su disposición la acción de nulidad contra el acto administrativo convocatorio de la Licitación Pública No. 01 de 2003, pero sin razón válida la dejó caducar, lo que en su opinión, conduce a que no pueda “prender que se desconozca por la vía de tutela la validez de dicho acto”. De igual manera, a pesar de que dicha empresa no intervino en el proceso de licitación, pues jamás presentó oferta a la Lotería de Bolívar, bien pudo haber demandando el acto de adjudicación del contrato a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demostrando que, sin justificación legal, se le impidió acceder a dicha licitación. Con todo, nuevamente dejó caducar la acción, razón por la cual no puede prosperar la acción de tutela, pues se premiaría la negligencia, desidia e impericia de la empresa en el ejercicio del derecho de acción.

Desde esta perspectiva, se considera que la acción de tutela en materia de contratación estatal, se somete a la regla general de la subsidiaridad del amparo constitucional. De suerte que, si el acto administrativo, dictado con motivo u ocasión de la actividad contractual vulnera o amenaza un derecho fundamental, la acción de tutela procederá siempre que no exista otro medio de defensa idóneo y eficaz para evitar la consumación de un perjuicio. Como en el presente caso, y según se relató, si existían y existen otros mecanismos de defensa, la única alternativa válida es determinar si el amparo procede de manera transitoria.

En opinión del interviniente, el amparo no es viable ni siquiera de forma transitoria, por las siguientes razones:

“Es evidente que en este proceso no se dan los supuestos para que prospere la tutela como mecanismo transitorio, dado que: (i) no existe violación de derecho fundamental alguno, pues se trata de la presunta violación de derechos de rango simplemente legal, regulados por la Ley 80 de 1993 y las normas complementarias de ésta; (ii) el medio alternativo existente es suficiente, idóneo y eficaz para restablecer los presuntos derechos que, se afirma, le han sido vulnerados a la demandante; (iii) no se ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable que se pretenda evitar por la vía de la acción de tutela, el cual, como se vio antes, se vincula única y exclusivamente con la necesidad de restablecer y asegurar el goce de los derechos fundamentales. Por lo demás, el presunto perjuicio económico que alega la demandante, puede ser resarcido por la vía contencioso administrativa”

Para finalizar agrega unas consideraciones adicionales destinadas a fortalecer los argumentos que permiten denegar el amparo, así expresa que:

El Tribunal incurrió en un grave error al conferir el amparo definitivo, con fundamento en la existencia de un perjuicio irremediable. En su opinión, “la tutela como mecanismo definitivo, excluye por completo la referencia o justificación relativa a la existencia del perjuicio irremediable”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Tribunal desconoció que la finalidad de la acción de tutela consiste en proteger derechos de naturaleza fundamental. En el presente caso, la instancia judicial procedió a declarar, reconocer y amparar derechos de rango meramente legal, y a través de dicho comportamiento, sustituyó en su competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Dicha autoridad judicial no tenía atribución constitucional ni legal para declarar nulo todo el proceso licitatorio No. 01 de 2003, pues es evidente que en caso de haber ocurrido un vicio o irregularidad dentro del trámite de adjudicación del contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes, hoy en día, dicho negocio jurídico tan sólo resulta controvertible mediante la acción contractual. De igual manera, no podía ordenar rehacer la licitación, ya que este tipo de obligaciones de hacer no las puede imponer el juez de tutela a la Administración Pública. En efecto, quien debe determinar la oportunidad y pertinencia para adelantar un proceso de licitación, es la entidad estatal facultada por la Ley, pues se trata de una decisión autónoma que implica una valoración del interés público o social, sujeta a plena discrecionalidad.

De igual manera, dicha autoridad no tenía competencia para restablecer en sus derechos a los antiguos contratistas, “reviviendo contratos ya concluidos, como acontecía con los que éstos habían celebrado con la Lotería de Bolívar, no solo por ser ello un imposible jurídico, sino porque expresamente el artículo 60 de la Ley 643 de 2001 prohíbe la prorroga de esta clase de contratos. Por consiguiente, si ni siquiera era posible prorrogar contratos vigentes, muchos menos se podrían prorrogar o revivir contratos concluidos”¹⁷.

Al haberse adjudicado el contrato, el Tribunal se encontraba ante un hecho consumado, razón por la cual, cualquier perjuicio irrogado a INVERAPUESTAS S.A., debía plantearse a través de la acción de nulidad del contrato estatal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2.6.3. Intervención de INVERAPUESTAS S.A.

Mediante apoderado judicial, la empresa INVERAPUESTAS S.A., solicitó a la Corte

Constitucional confirmar la orden proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, con fundamento en las siguientes razones:

Tiene razón el Tribunal cuando concede el amparo de forma definitiva, pues no existe duda alguna en que las acciones ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al mismo tenor literal del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no permiten suspender el trámite de la licitación ni la adjudicación, como tampoco la celebración del contrato y su ejecución. En esta medida, y ante la falta de eficacia de la acción ordinaria, se hace procedente la tutela como remedio definitivo para volver las cosas al estado anterior a la licitación viciada. Al respecto, apela al siguiente pronunciamiento de esta Corporación:

“Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa, como en el caso de los actos preparatorios o de trámite y de ejecución o de los actos policivos no administrativos.

También procede la tutela como mecanismo definitivo, en el evento que no sea posible a través de la acción contencioso administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o eficaz para la efectiva protección del derecho”¹⁸.

En este sentido, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas providencias, la regla general según la cual no procede la tutela cuando existen otros medios de defensa judicial tiene excepción cuando se trata de conceder una protección transitoria para evitar un perjuicio irremediable, o cuando el procedimiento de carácter formal previsto en la legislación no sea idóneo para la protección cierta y efectiva del derecho violado o amenazado, atendiendo a las circunstancias en medio de las cuales la violación del derecho tiene lugar. De allí que “en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 haya señalado ‘la existencia de dichos medios (los de defensa que excluyen la acción de tutela) será apreciada

en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante' (...)"

Conforme a lo anterior, manifiesta que: "el medio judicial (la acción contencioso administrativa contra los actos definitivos en el trámite de la licitación) no era idóneo, y habría resultado inane, ineficaz e inoportuna para la real protección de los derechos afectados y para poner freno a un designio de la administración totalmente contrario a las más elementales reglas del sistema jurídico, en abierta rebeldía incluso frente a las decisiones de los organismos administrativos, como la Superintendencia del ramo, y de vigilancia, como la Procuraduría General, y en un esquema de impresionante arbitrariedad que puede observarse con la sola consulta de los documentos obrantes en el expediente y de las publicaciones efectuadas alrededor de lo que ha constituido verdadero escándalo, objeto también de investigación penal que cursa en la Fiscalía General de la Nación".

Sostiene que a pesar de encontrarse el proceso en revisión ante la Corte Constitucional, el Gerente de la Lotería de Bolívar en un acto de claro y manifiesto desacato judicial profirió la Resolución No. 124 de 2004, mediante la cual resolvió dejar sin efectos lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución No. 187 de 2003, y ordenó liquidar las cuentas de los contratistas que seguían operando el juego de apuestas permanentes en virtud de la orden proferida por el Tribunal; otorgándose la explotación del "Chance" de manera exclusiva a la compañía beneficiada con la adjudicación del contrato, esto es, a la empresa unipersonal Apuestas El Gato E.U.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con respeto a la temeridad en el ejercicio del derecho de acción, considera que se trata de una sindicación carente de prueba, frente a la cual le corresponde a la Lotería de Bolívar y a la empresa Apuestas el Gato E.U., demostrar los supuestos de su ocurrencia.

Finalmente, concluye que en sentencias C-557 de 200119 y SU-201 de 199420, la Corte

Constitucional señaló que excepcionalmente procede la acción de tutela como mecanismo definitivo contra actos administrativos de trámite o preparatorios, siempre que sea utilizada para proteger -como lo es en esta ocasión- derechos fundamentales, y bajo la condición de que se uso se haga “antes de que se profiera el acto definitivo, contra el cual puede utilizarse un medio alternativo de defensa judicial, como lo es la correspondiente acción contencioso administrativa”. Circunstancia que, conforme a un simple revisión de fechas, se encuentra plenamente acreditada.

2.6.4. Intervención de Apuestas El Perro Ltda

Mediante apoderado judicial, la empresa Apuestas ElPerro Ltda., solicitó a la Corte Constitucional confirmar la orden proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, con fundamento en las siguientes razones:

En opinión del interviniente las acciones contencioso administrativas, no son suficientes e idóneas para prevenir el daño irreparable e inminente en los derechos fundamentales amparados mediante la tutela. Además, en este caso, la violación es tan protuberante que hasta la misma Procuraduría General de la Nación, ordenó la suspensión del proceso licitatorio, por la existencia de unos estudios previos mal diseñados, cuestionados y que no correspondían a las exigencias de un contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes. Afirma que, según la doctrina, los estudios previos mal diseñados impiden la comparación objetiva de las ofertas y, por lo mismo, conducen a la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

2.6.5. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

En ejercicio de la potestad prevista en el artículo 277-7 de la Constitución Política²¹, el Procurador General de la Nación designó a la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, para intervenir como Agente Especial del Ministerio Público en el presente caso.

Cabe destacar que mediante oficio No. 121 del 18 de julio de 2005, se ordenó la práctica de una visita especial al despacho del Magistrado Sustanciador, doctor Rodrigo Escobar Gil, la cual se llevó a cabo el día 19 del mismo mes y año²². Con posterioridad, el 26 de julio de 2005, la citada Agente de la Vista Fiscal presentó escrito a través del cual solicitó que se confirmara la decisión del Tribunal de instancia que dejó sin efectos el proceso licitatorio y el contrato estatal celebrado entre la Lotería de Bolívar y Apuestas el Gato E.U.

Para fundamentar su pretensión, la Procuradora Delegada manifestó que: “La tutela al debido proceso debe confirmarse porque la Lotería de Bolívar ha cometido una serie de actos, que violan groseramente, no solamente el procedimiento contractual regulado en la ley sino que han ido en flagrante contravía de decisiones judiciales y recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación y de la Superintendencia Nacional de Salud, en el curso de la licitación No. 001 de 2003, en la celebración del contrato entre la Lotería de Bolívar y Enilse López Romero Apuestas el Gato E.U y en la ejecución de éste contrato”.

Las actuaciones que la representante de la Vista Fiscal considera contrarias al ordenamiento jurídico, son las siguientes: (i) El inicio de la licitación pública con fundamento en un estudio de mercado objetado por la Superintendencia Nacional de Salud y la Procuraduría General de la Nación; (ii) el desconocimiento de las órdenes de suspensión proferidas por los Juzgados 4° y 5° de Familia de Cartagena, en el trámite de varias acciones de tutela, que le impedían a la Lotería de Bolívar continuar el proceso licitatorio, decidir su adjudicación y celebrar el contrato de concesión con Apuestas el Gato E.U.; y finalmente, (iii) el incumplimiento a las decisiones de amparo proferidas por los jueces de tutela, en especial, las órdenes emitidas por el Tribunal Superior de Cartagena, que declararon sin efectos la Licitación Pública No. 01 de 2003 y que, como consecuencia, ordenaron realizar un nuevo proceso licitatorio para la

adjudicación del “Chance”.

2.7. Recuento histórico de las principales actuaciones surtidas en el proceso de licitación No. 01 de 2003 de la Lotería de Bolívar

* El proceso de licitación No. 01 de 2003 de la Lotería de Bolívar, tuvo como antecedente el vencimiento del término inicialmente pactado para la explotación del monopolio del juego de apuestas permanentes “Chance” en el Departamento de Bolívar. En efecto, según aparece en el expediente de tutela, los contratos de concesión terminarían en los primeros meses del año 2003, siendo indispensable adelantar un nuevo proceso licitatorio para la adjudicación de dichos contratos bajo los principios de transparencia, economía y responsabilidad previstos en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, el artículo 7° de la Ley 643 de 2001, ordena que la operación por intermedio de terceros de los monopolios de juegos y azar se adelantará, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión en términos de la Ley 80 de 1993. Así mismo, el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, dispone que, en todos los casos, la vigencia de dichos contratos se sujeta a un plazo máximo de 5 años.

* Para hacer efectivo dicho mandato, se abrió la Licitación Pública No. 01 de 2002, en cuyo capítulo “información general”, al referirse al objeto del contrato, se dijo:

“La LOTERÍA DE BOLÍVAR, Empresa Comercial del Departamento de Bolívar, encargada de administrar las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Bolívar, que en adelante también se llamará la entidad CONCEDENTE, está interesada en recibir propuesta para adjudicar un (1) contrato de concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes “Chance”, en todo el territorio del Departamento de Bolívar, por un término de cinco (5) años contados a partir del 1° de enero de 2003 hasta el 31 de

diciembre de 2007, con excepción de los municipios y corregimientos que conforman las siguientes zonas: 2, 3, 4, 5, 6 y 7, de acuerdo con la división existente en el Departamento de Bolívar para este efecto, considerando que la ejecución de los contratos de concesión que vienen adjudicados y celebrados para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes “Chance”, en las indicadas zonas, concluyen en las siguientes fechas: - Zona 2: 18 de enero de 2003 - Zona 3, 4 y 5: 8 de enero de 2006, - Zona 6: 5 de abril de 2003 - Zona 7: 6 de enero de 2003; concluidos estos contratos, la ejecución del contrato de concesión que mediante esta licitación publica se adjudique, se realizará integralmente en todo el territorio del Departamento de Bolívar hasta el 31 de diciembre de 2007”. (Folio 25 del Cuaderno No. 4)

* La citada Licitación Pública No. 01 de 2002, no pudo llevarse a cabo por la existencia de una orden de suspensión proferida por el Juez Promiscuo de María La Baja, en desarrollo de un proceso de tutela. En razón de dicha decisión, y ante el reconocimiento de la naturaleza preclusiva y perentoria de los términos previstos para adelantar el proceso de licitación, la Lotería de Bolívar decidió prorrogar hasta el 30 de abril de 2003, los contratos de concesión con todos los operadores que venían explotando el monopolio hasta esa fecha. Al respecto, en la copia de la prórroga del contrato de concesión suscrito con la sociedad INVERAPUESTAS S.A., se manifestó:

“Que, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación, la adjudicación debía realizarse el 12 de diciembre de 2002 y el contrato debería comenzar a ejecutarse el primero (1º) de enero de 2003.

Que, con ocasión del fallo de tutela al que se ha hecho referencia, no fue posible cumplir con los términos señalados de la licitación, dado que estos términos tienen carácter de preclusivos y perentorios, hechos que dieron lugar a la expedición del acto administrativo de la terminación de la licitación pública. // Debido a lo anterior, la Lotería de Bolívar en aras de preservar fundamentalmente la eficaz obtención de recursos para la salud a través de la

administración del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, prorrogó los contratos de concesión hasta el 30 de abril de 2003". (Folio 263 del Cuaderno No. 4).

* Dentro de este término se interpuso por parte de uno de los miembros principales de la Junta Directiva de INVERAPUESTAS S.A., denuncia contra el Gerente de la Lotería de Bolívar y el Gobernador del citado Departamento, por la presunta comisión de los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos, celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales, concusión y otras conductas punibles. Según aparece a folio 37 del Cuaderno No. 4 del expediente de tutela, la citada denuncia se presentó el día 12 de noviembre de 2002.

* De igual manera, los contratos de concesión fueron nuevamente objeto de prórroga hasta el día 30 de agosto de 2003, según aparece en los considerandos de la Resolución de apertura de la Licitación No. 01 de 2003. Allí se dijo:

"Que las prórrogas de los contratos celebrados con la Sociedad Inversiones de Apuestas Permanentes S.A. (INVERAPUESTAS S.A.) Zona 1; Apuestas Permanentes de Bolívar E.U. Zona 2; Enilse del Rosario López Romero - Apuestas El Gato E.U. Zona 3, 4 y 5; APUESTAS PERMANENTES EL PERRO LIMITADA ZONA 6 y Alcira Quintero Castillo E.U. Zona 7, vencen el 30 de agosto de 2003; por lo cual se hace necesario efectuar una nueva contratación para el objeto indicado". (Folio 284 del Cuaderno No. 3).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"Ordenar la apertura de la licitación No. 01 de 2003, cuyo objeto es la adjudicación de un (1) contrato de concesión para la explotación del juego de Apuestas Permanentes "Chance" en todo el territorio del Departamento de Bolívar, por un término de cinco (5) años, contados a

partir del 1° de septiembre de 2003 hasta el 1° de septiembre de 2008, la cual se abrirá el día 4 de agosto de 2003 a las 10.00 a.m en el despacho de la Gerencia de la Lotería de Bolívar y el cierre de la misma se hará el día 11 de agosto de 2003 a las 3. p.m. en el mismo sitio, ubicado en el centro, calle San Juan de Dios No. 3-81 de la ciudad de Cartagena. El término para adquirir los pliegos será a partir de la apertura de esta licitación”. (Folio 284 del Cuaderno No. 3).

* Conforme a la Lotería de Bolívar, la apertura del proceso licitatorio se fundamentó en la existencia de (i) unos prepliegos publicados en su página web²⁴; (ii) en el estudio técnico contratado con la firma CONTROLTECH, realizado para la Licitación Pública No. 01 de 2002, que evaluó los distintos escenarios para la explotación del “Chance” y que, en opinión de la Lotería, concluyó que el mejor de todos consistía en la eliminación de la división de siete (7) zonas y la conversión del monopolio en una única zona de explotación²⁵, y finalmente; (iii) en el estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación para la concesión del juego de apuestas permanentes “Chance” realizado por el Jefe del Departamento de Apuestas Permanentes de la misma Lotería, el día 16 de junio de 2003²⁶.

* Luego de agotar el procedimiento de información correspondiente a la apertura del proceso licitatorio, mediante sendos avisos publicados en los periódicos “El tiempo” y “El universal” los días 9 y 14 de julio de 2003²⁷; se dispuso la práctica de una audiencia de aclaración al contenido del pliego de condiciones dentro del término para la presentación de propuestas (Ley 80 de 1993, art. 30, num. 4°)²⁸. Dicha audiencia tuvo lugar el día 5 de agosto de 2003²⁹, siendo presentado escrito de aclaración por parte de la firma INVERAPUESTAS S.A.³⁰.

* El día 6 de agosto de 2003³¹, la citada sociedad interpuso la acción de tutela de la referencia, consistente en la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad económica, a la buena fe y a la confianza legítima; los cuales, según se explicó con anterioridad, fueron supuestamente vulnerados por la Lotería de Bolívar a partir

del contenido previsto en el pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 01 de 2003.

* El día 11 de agosto, el juez de primera instancia, esto es, el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena de Indias, admitió la demanda de tutela y ordenó la suspensión provisional del trámite correspondiente a la Licitación Pública No. 01 de 200332.

* Al día siguiente, es decir, el 12 de agosto de 2003, la Procuraduría General de la Nación mediante acto administrativo solicitó al Gerente Ad-Hoc de la Lotería de Bolívar, “la suspensión de la Licitación Pública No. 01 de 2003, en la etapa en que se encuentre, como medida preventiva, hasta que se hagan los correctivos referidos”, relacionados con la insuficiencia material de los estudios previos que se requerían para la apertura del proceso licitatorio, en los términos de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002.

* Conforme a escrito remitido el día 13 de agosto al juez de instancia, se informó por parte de la Lotería de Bolívar que el mismo 11 de agosto de 2003, se obedeció la orden de suspensión³³. Que, por dicha razón, no le fue recibida a INVERAPUESTAS S.A. la propuesta de contrato que pretendió radicar ese mismo día. De igual manera, le comunicó al Juez de Familia que las firmas APUESTAS PERMANENTES EL PERRO LIMITADA y APUESTAS EL GATO E.U., compraron pliego de condiciones para participar en la licitación.

* El día 19 de agosto de 2003, el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena de Indias, denegó el amparo pretendido por INVERAPUESTAS S.A. y, por ende, decretó el levantamiento de la medida de suspensión provisional de la Licitación Pública No. 01 de 2003.

* La Lotería de Bolívar a través de la Resolución No. 143 del 10 de septiembre de 2003, dio

respuesta a la solicitud de suspensión provisional formulada por la Procuraduría General de la Nación y procedió, en su opinión, a esgrimir las razones por las cuales consideró que el vicio de procedimiento reseñado por la autoridad de control, se encontraba plenamente saneado.

En un primer momento, y apelando a la sentencia C-977 de 200234, concluyó que la orden de suspensión provisional proferida por la Procuraduría General de la Nación no tiene carácter vinculante, y que, por lo mismo, tan sólo origina la obligación de dar respuesta a dicho requerimiento. Al respecto, se transcribió el siguiente fragmento de la parte motiva de la citada providencia de esta Corporación, a saber:

“Cuando el Procurador, su delegado especial para el efecto, o el Personero Distrital de Bogotá, ante la evidencia de circunstancias que le permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, solicita la suspensión del procedimiento administrativo, acto o contrato para hacer cesar sus efectos y evitar posibles perjuicios, y el respectivo servidor público no atiende la solicitud, entonces este último asume los riesgos jurídicos que implica permitir que tales procedimientos, actos y contratos sigan surtiendo efectos. Aunque la solicitud de suspensión no tiene efectos vinculantes ya que no es una orden, sí obliga al destinatario de la medida a adoptar una decisión al respecto. Así, éste no puede guardar indefinidamente silencio sobre la solicitud; por el contrario, debe responder oportunamente a la petición que le ha sido formulada. La respuesta debe indicar si se procederá o no a adoptar una decisión que haga cesar los efectos y evite el perjuicio. En caso afirmativo, el acto correspondiente del destinatario de la solicitud debe reunir los requisitos que para su expedición establece el ordenamiento jurídico. En caso negativo, el destinatario debe expresar las razones por las cuales no procede la suspensión. Estas razones pueden ser de dos tipos, en términos generales. En primer lugar, el destinatario de la solicitud puede llegar a la conclusión de que no es procedente hacer cesar los efectos del procedimiento administrativo, del acto, del contrato o de su ejecución porque en realidad no se reúnen las condiciones establecidas en la norma acusada o porque existen otros referentes jurídicos o consideraciones de interés público que

así lo exigen o aconsejan en el caso concreto. En segundo lugar, el destinatario de la solicitud de suspensión puede concluir que sí procede hacer cesar los efectos y evitar el perjuicio en el caso concreto pero encontrar que dentro de sus facultades ninguna es idónea para ese fin y, por lo tanto, carece de medios jurídicos para atender positivamente la medida preventiva.

En ambos casos, se trata de una decisión autónoma del destinatario de la solicitud de suspensión que ha de tomar dentro del ámbito de sus competencias y deberes. Será el destinatario el que aprecie las circunstancias del caso, analice el marco normativo pertinente y asuma los riesgos jurídicos de la decisión o las responsabilidades de diverso orden que de ella se puedan derivar cualquiera que sea el sentido de la misma, positivo por atender la solicitud o negativo por no atenderla. Por ejemplo, la decisión del destinatario de la solicitud puede tener consecuencias respecto de la calificación de su diligencia o negligencia”³⁵.

En seguida, manifestó que las deficiencias relacionadas en el estudio previo por parte de la firma CONTROLTECH, fueron subsanadas mediante la contratación de otra firma técnica y especializada para que efectuara un reporte de análisis sobre el estudio técnico reseñado (Firma Tejada y Asociados Comunicaciones Ltda.), la cual luego de analizar las distintas variables, ratificó la suficiencia del estudio inicialmente presentado. Así, en la parte resolutive de la citada Resolución, se dispuso:

“Artículo 1°. Sanear un vicio de procedimiento y ordenar la continuación del trámite del proceso licitatorio 01 de 2003, que se encuentra suspendido, cuyo objeto es adjudicar un (1) contrato de concesión para la explotación de las Apuestas Permanentes “Chance” en todo el territorio del Departamento de Bolívar, por un término de cinco (5) años.

Artículo 2°. Para efectos de lo anterior se cumplirá el siguiente cronograma: La licitación pública se cerrará el día 16 de septiembre de 2003 a las 3:00 PM en la sala de juntas de la Lotería de Bolívar.

La LOTERÍA DE BOLÍVAR realizara la evaluación de las ofertas dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la diligencia de cierre de la Licitación Pública. Los informes de la evaluación de las propuestas permanecerán en la oficina de la profesional de Derecho de la Gerencia de la LOTERÍA DE BOLÍVAR a disposición de los oferentes, por el término de cinco (5) días hábiles. La adjudicación de la presente [tendrá lugar] el 30 de septiembre de 2003 a las 9:00 AM en la sala de juntas de la LOTERÍA DE BOLÍVAR (...)"36.

* La Lotería de Bolívar mediante adendo No. 2 al pliego de condiciones, modificó el término del contrato, el plazo de la licitación, el momento para la presentación oportuna de las ofertas, la fecha de cierre del trámite licitatorio y el plazo para evaluar las propuestas, trasladar los informes y adjudicar el contrato. Dicho adendo No. 2 se profirió el 12 de septiembre de 2003, y en lo pertinente, dispuso que:

"TÉRMINO DEL CONTRATO.

Para todos los efectos legales, el contrato que se adjudicará dentro de la Licitación Pública No. 01 de 2003, tendrá un término de cinco (5) años, contados a partir del primero (1°) de octubre de dos mil tres (2003).

PLAZO DE LA LICITACIÓN.

El plazo de la presente licitación pública, culminará el día dieciséis (16) de septiembre de 2003, a las 3.00 P.M.

ENTREGA DE LAS OFERTAS O PROPUESTAS.

Las propuestas deben entregarse hasta el día dieciséis (16) de septiembre de 2003 a las 3.00

PM., hora hasta la cual se permitirá la entrega de las propuestas, en la calle San Juan de Dios, No. 3-81, Gerencia de la LOTERÍA DE BOLÍVAR, en Cartagena D.T y C.

La LOTERÍA DE BOLÍVAR, registrará en un libro radicator la información relacionada con el proponente, indicando su nombre, el nombre de quién la entregó y la fecha y hora exacta de su entrega.

No se recibirán propuestas después de la fecha y hora señaladas para el cierre de la licitación pública.

CIERRE DE LA LICITACIÓN.

La Licitación Pública se cerrará el día dieciséis (16) de septiembre de 2003, a las 3.00 PM, en la sala de juntas de la LOTERÍA DE BOLÍVAR, y se levantará el acta correspondiente con un resumen del contenido de las propuestas.

TÉRMINO PARA LA EVALUACIÓN.

La LOTERÍA DE BOLÍVAR realizará la evaluación de las ofertas dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la diligencia de cierre de la Licitación Pública. Dentro de este término, se elaborará el estudio jurídico, técnico y económico necesario para la evaluación de las propuestas.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Los informes de evaluación de las propuestas presentadas en este proceso permanecerán en la oficina de la profesional en Derecho de la Gerencia de la LOTERÍA DE BOLÍVAR a

disposición de los oferentes, por el término de cinco (5) días hábiles para que los proponentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los proponentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas (Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral 8°).

ADJUDICACIÓN.

La adjudicación de la presente licitación se hará en audiencia pública, la cual se realizará el día 30 de septiembre de 2003 a las 9:00 AM en la sala de juntas de la Lotería de Bolívar, de conformidad con los términos de ley.(...)”. (Folio 86 del Cuaderno No. 1).

* El día 16 de septiembre de 2003, la Lotería de Bolívar procedió al cierre la licitación pública, y al momento de abrir las urnas, manifestó que tan sólo se presentó oferta por parte de la empresa Apuestas El Gato E.U37.

* Simultáneamente con los citados hechos, la sociedad INVER-APUESTAS S.A., mediante escrito presentando el 21 de agosto de 2003, impugnó la decisión del juez de primera instancia³⁸. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, mediante providencia del 12 de septiembre de 2003, declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir de la sentencia del 19 de agosto de 2003 y ordenó al juez de primera instancia, integrar debidamente el contradictorio, citando a los terceros afectados con la decisión³⁹.

* Dicha decisión fue recibida el día 18 de septiembre de 2003, por parte del Juzgado Quinto de Familia de Cartagena, quien mediante providencia del mismo día, ordenó nuevamente la suspensión provisional de la Licitación Pública No. 01 de 2003⁴⁰.

* Ahora bien, en el intervalo entre las decisiones del Tribunal y del Juzgado Quinto de

Familia, aparecen dos providencias adicionales del citado Tribunal. La primera, del 15 de septiembre de 2003, por la cual se accedió a una solicitud del apoderado de INVERAPUESTAS S.A., consistente en oficiar al Gerente de la Lotería de Bolívar acerca de la continuación de la orden de suspensión proferida por el juez de primera instancia⁴¹. La segunda, del 17 de septiembre de 2003, mediante la cual se negó una aclaración al Gerente de la citada Lotería en relación con esta última decisión. Al respecto, se expresó que:

“En consecuencia, si lo que se invalida es la sentencia que levantó la medida provisional es obvio, elemental y muy fácil de colegir que todo lo demás quedó vigente como por ejemplo, el auto con que se suspendió el trámite del proceso licitatorio No. 01 de 2003.

Así las cosas, no hay lugar a aclarar una situación que no ofrece ninguna duda, y que ya le fue comunicada al Gerente Ad-Hoc mediante oficio 2833 del 15 de septiembre de 2003, debiendo estarse el señor Gerente Ad-Hoc de la LOTERÍA DE BOLÍVAR, al cumplimiento de la suspensión ordenada por el juez de primera instancia”. (Folio 201 del Cuaderno No. 5).

* En acatamiento a la decisión proferida por el Tribunal, el mismo 17 de septiembre de 2003, a través de Resolución No. 150, la Lotería de Bolívar suspendió la Licitación Pública No. 01 de 2003. Con todo, como a juicio de dicha entidad, la suspensión tan sólo operó desde ese día, no existía razón alguna para invalidar el acto administrativo de cierre de la licitación proferido el 16 de septiembre de 2003⁴². Así las cosas, la única propuesta presentada en tiempo fue la correspondiente a la empresa Apuestas El Gato E.U. 43

* La Superintendencia Nacional de Salud, mediante oficio del 18 de septiembre de 2003, le manifestó al Gobernador del Departamento de Bolívar, a la Junta Directiva y a los Gerentes de la Lotería del citado Departamento (al Ad-Hoc y al titular), que se habían recibido múltiples quejas y denuncias sobre presuntas irregularidades en el trámite del proceso de licitación, motivo por el cual, les ordenó: “dar estricto cumplimiento a las decisiones de la

Procuraduría General de la Nación y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena”44.

* El Juez de Primera Instancia, una vez subsanado el vicio que fundamentó la declaratoria de nulidad, mediante providencia del 24 de septiembre de 2003, negó nuevamente el amparo solicitado y, una vez más, procedió a levantar la orden de suspensión frente al proceso licitatorio No. 01 de 200345. Frente a dicha decisión, ese mismo día INVERAPUESTAS S.A. presentó escrito de apelación46.

* Levantada la orden de suspensión sobre el proceso licitatorio con el fallo de primera instancia, se ordenó continuar con su trámite por parte de la Lotería de Bolívar, recibiendo el informe de evaluación el día 22 de septiembre de 200347.

* Por otra parte, el 24 de septiembre de 2003, la Procuraduría General de la Nación abrió formalmente investigación disciplinaria contra el Gerente Ad-Hoc de la Lotería de Bolívar y ordenó su suspensión provisional, entre otras, por no acatar la orden de “suspensión de la Licitación Pública No. 01 de 2003” proferida por la citada autoridad de control. En dicho acto administrativo se expuso que:

“Con el referido comportamiento presuntamente se transgredió el artículo 48 numeral 60 y 61 de la Ley 734 de 2002, calificándose la falta como GRAVÍSIMA Y DOLOSA, pues sus actuaciones han sido ejecutadas con plena conciencia e intención, el proceder del Gerente Ad-Hoc de la mencionada Lotería es un claro desconocimiento de las observaciones del señor Procurador General, pues el contratar a la firma Tejada y Asociados Comunicaciones Ltda., con el objeto específico de avalar el estudio elaborado por CONTROLTECH no subsanan los cuestionamientos que este organismo de control le efectuó a dicho estudio, mas aún cuando el concepto rendido por Tejada y Asociados Comunicaciones no analiza ni enmienda cada una de las observaciones que se efectuaron al estudio de CONTROLTECH.

El análisis realizado al material probatorio determina que el hecho investigado y el comportamiento asumido por el disciplinado WILSON PEINADO VARGAS, en su condición de Gerente Ad-Hoc de la Lotería de Bolívar para el proceso licitatorio 01 de 2003, configura uno de los eventos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002; aspecto que impone continuar la actuación por el procedimiento señalado en el Título XI del Libro IV de la Ley 734 de 2002, cuando estuvieren dados los requisitos para proferir pliego de cargos” 48.

* Paralelamente a lo anterior, el Juzgado 4° de Familia de Cartagena, el día 26 de septiembre de 2003, al tramitar una nueva acción de tutela promovida por Apuestas Permanentes El Perro Ltda. contra la Lotería de Bolívar, decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la mencionada empresa, al estimar que el Gerente de la citada Lotería al proferir la Resolución No. 143 del 10 de septiembre de 2003, “por medio de la cual se sana un vicio de procedimiento”, omitió acatar en su integridad las recomendaciones señaladas por la Procuraduría General de la Nación. En opinión del juez de tutela, no podía la citada autoridad pública haber reanudado el proceso de licitación hasta tanto se verificara el estricto cumplimiento de las mismas. Por consiguiente, como medida de protección constitucional, ordenó al Gerente de la mencionada Lotería adoptar las medidas administrativas que resultaran necesarias para dejar sin efectos la citada Resolución No. 143 de 2003 y las demás actuaciones que dependieron de ésta, como lo fue, el acto administrativo de cierre de la licitación.

* Posteriormente, la Lotería de Bolívar procedió a nombrar un nuevo Gerente Ad-Hoc, señor Enrique Carlos Nadad Mejía, para adelantar la adjudicación del contrato a la única empresa oferente, esto es, a la firma Apuestas El Gato E.U., a través de Resolución No. 163 del 30 de septiembre de 2003⁴⁹. En el Acta de Audiencia Pública que fundamenta la citada Resolución, el mencionado Gerente guardó silencio acerca de las recomendaciones expuestas por la Procuraduría General de la Nación y las órdenes proferidas por el Juzgado 4° de Familia de Cartagena, a pesar de la insistencia de INVERAPUESTAS S.A. para lograr a través de ellas la suspensión de dicha audiencia. Por el contrario, la única manifestación que se realizó por el

citado funcionario, fue el hecho de dejar constancia acerca de haber recibido amenazas contra su vida e integridad personal por el representante de la referida compañía y a que la demora en el conocimiento de la presente Acta se debió a la existencia de “guardaespaldas y personal de seguridad personal, el cual imposibilitaba la entrada al recinto de la Lotería”⁵⁰.

* El contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” se suscribió entre la Lotería de Bolívar y Apuestas El Gato E.U., el día 1° de octubre de 2003, con fundamento en acto administrativo de adjudicación previsto en la Resolución No. 163 de septiembre 30 del mismo año.

* Con posterioridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante sentencia del 28 de octubre de 2003, concedió la tutela interpuesta por INVERAPUESTAS S.A. de manera definitiva⁵¹, dejando sin efecto y valor el trámite licitatorio No. 01 de 2003 y ordenando restablecer en los derechos que venían gozando los operadores de la concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance”, en la misma forma en que lo estaban haciendo con anterioridad a la licitación, y hasta tanto no se hiciera una nueva adjudicación en legal forma.

* Para cumplir la citada orden, se profirió la Resolución No. 187 del 5 de noviembre de 2003, mediante la cual se señaló que:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Resolución No. 187

Por medio de la cual se acata y ordena cumplir un fallo judicial

Que es no sólo obligatorio sino imperioso entonces el cumplimiento de la orden del

HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA SALA CIVIL-FAMILIA en los términos establecidos en la sentencia constitucional de tutela y en consecuencia,

RESUELVE:

PRIMERO: La LOTERÍA DE BOLÍVAR acata y dispone cumplir en todas sus partes la sentencia de tutela dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil-Familia, de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil tres (2003).

SEGUNDO: Comunicar a ENILCE LÓPEZ ROMERO APUESTAS EL GATO E.U. que por sentencia de tutela, la Sala Civil-Familia del Honorable Tribunal Superior de Cartagena invalidó y declaró sin efectos o valor jurídico el proceso licitatorio No. 01 de 2003 realizado por la LOTERÍA DE BOLÍVAR, la adjudicación de la licitación que hizo por Resolución número 163 de 30 de septiembre de 2003, y el contrato de concesión de 1° de octubre de 2003, por lo que se declara su terminación y procede a liquidarlo en el estado en que se encuentre.

TERCERO: Disponer que para cumplir el fallo de tutela en cuanto a la orden de restablecer los derechos de que venían gozando los contratistas de concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes chance, se prorrogarán los contratos que se venían cumpliendo hasta por un término de ocho (8) meses, contados a partir de la firma de los mismos o del que se llegare a suscribir, y los que se extenderán si fuere necesario hasta que se haga la adjudicación de la licitación de la concesión del juego de apuestas permanentes.

CUARTO: la presente resolución no tiene recurso alguno por tratarse de un acto que ordena cumplir una sentencia judicial”52.

* Por otro lado, como también estaba pendiente la impugnación del fallo de tutela del Juzgado 4° de Familia de Cartagena, en noviembre de 2003, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial ordenó la cesación del procedimiento, por cuanto ya se había proferido la Resolución No. 187 del 5 noviembre de 2003. Este proceso no fue objeto de selección para revisión por esta Corporación⁵³.

2.8. Principales actuaciones surtidas con posterioridad al fallo de tutela proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

Una vez proferida la Resolución No. 187 del 5 noviembre de 2003, mediante la cual se prorrogó los derechos que venían gozando los contratistas de la Lotería de Bolívar, se presentaron las siguientes actuaciones jurídicas:

* Mediante Resolución No. 124 del 1° de junio de 2004, la Lotería de Bolívar modificó la citada Resolución No. 187, en el sentido de dejar sin efectos la prórroga de los contratos de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes "Chance", prevista en el numeral 3° del referido acto administrativo. A juicio del Gerente de la mencionada Lotería, como la Resolución No. 187 se profirió en cumplimiento de una orden de amparo constitucional, en desarrollo de una controversia jurídica frente cual existen en el ordenamiento jurídico otros medios de defensa judicial, el alcance de dicha decisión era eminentemente transitoria, por lo que ante la falta de ejercicio de esas otras herramientas jurídicas, cesaron los efectos de la protección otorgada en tutela⁵⁴. Contra esta Resolución se presentó recurso de reposición por INVERAPUESTAS S.A., siendo confirmada a través de Resolución No. 156 del 7 de julio de 2004⁵⁵.

* Conforme a lo anterior, la Lotería de Bolívar procedió a ejecutar con exclusividad el contrato celebrado con Apuestas El Gato E.U., el día 1° de octubre de 2003.

* Frente a la citada decisión de la Lotería de Bolívar, se promovieron de forma simultánea por parte de INVERAPUESTAS S.A., por una parte, incidente de desacato al tenor de lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991⁵⁶, y por la otra, el trámite de cumplimiento del fallo de tutela, de acuerdo a lo señalado en el artículo 27 del mismo Decreto⁵⁷.

* En relación con el incidente de desacato, el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena mediante providencia del 15 de diciembre de 2004, sancionó al Gerente de la Lotería de Bolívar con arresto por tres (3) días. Dicha decisión fue sometida al trámite de consulta ante el superior jerárquico (Decreto 2591 de 1991. art. 52), esto es, frente a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, quien confirmó la decisión del a quo al estimar que las órdenes del fallo de tutela nunca tuvieron el carácter de transitorias, sino que, por el contrario, las mismas se decretaron de forma definitiva⁵⁸. De acuerdo con la información suministrada por la Procuraduría General de la Nación, dicha sanción de arresto fue cumplida⁵⁹.

* En cuanto al trámite de cumplimiento del fallo de tutela, el Juzgado Quinto de Familia dictó las siguientes providencias a través de las cuales requirió al Gerente de la Lotería de Bolívar para que procediera al cumplimiento de las órdenes decretadas por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a saber: (i) Enero 26 de 2005⁶⁰; (ii) Febrero 9 de 2005⁶¹; (iii) Marzo 2 de 2005⁶² y (iv) Marzo 11 de 2005⁶³. En todas las mencionadas providencias, la orden judicial era la siguiente: “Requírese al señor Gerente de la Lotería de Bolívar, para que se sirva dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Sala Civil-Familia del H. Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de octubre 28 de 2003, con su adición y corrección verificada mediante providencia de fecha octubre 31 del mismo año, emanada de esa misma sala, sentencia esta que revoco el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena dentro de la acción de tutela instaurada por la firma INVERAPUESTAS S.A. contra la Lotería de Bolívar”.

* Para el 20 de junio de 2005, se profiere por la Lotería de Bolívar la Resolución No. 110, mediante la cual se resolvió: “1° Prorrogar los contratos de concesión en la forma establecida mediante el fallo de octubre 28 de 2003 junto con su aclaración. 2° En armonía con las decisiones de tutela, ordenó la ejecución de los actos tendientes a la apertura de una nueva licitación para la concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes del Departamento de Bolívar. 3° Ordenó la terminación del contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Bolívar, suscrito el 1° de octubre de 2003 con el concesionario Enilce López Romero Apuestas el Gato E.U. (...)”⁶⁴.

* El 12 de julio de 2005, el representante legal de INVERAPUESTAS S.A. desistió a la acción de tutela, al trámite de cumplimiento y al incidente de desacato ante el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena⁶⁵. La citada autoridad judicial mediante providencias del 22 de julio del mismo año, no aceptó los citados desistimientos por las siguientes razones: (i) En cuanto a la acción de tutela y el incidente de desacato, por cuanto su trámite se encuentra terminado; y (ii) frente al trámite de cumplimiento, por considerar que mientras no quedara debidamente ejecutoriada la citada Resolución No. 110 de 2005, subsiste la amenaza frente a los derechos amparados⁶⁶.

* En el citado Auto del 22 de julio, el mencionado Juzgado de Familia dejó constancia sobre las actuaciones adelantadas para la ejecución de la Resolución No. 110 de 2005. Allí se expresa que falta por notificar de la misma a la empresa Apuestas El Gato E.U., razón por la cual se fijaría un edicto por el término de 10 días⁶⁷.

* Finalmente, el Gerente de la Lotería de Bolívar, mediante oficio del 15 de febrero de 2006, le informó a esta Corporación que la sociedad INVERAPUESTAS S.A. promovió acción contenciosa por los mismos hechos contra la citada Lotería, la cual fue admitida por el

Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante Auto del 24 de octubre de 2005, el cual se anexa⁶⁸.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. La Corte Constitucional, en la Sala Plena, es competente para revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 54A del Acuerdo 05 de 1992 “Reglamento Interno de la Corte Constitucional”⁶⁹.

Derechos constitucionales violados o amenazados

2. El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad económica, a la libre competencia, a la buena fe y a la confianza legítima.

Cuestiones a resolver

3. La presente tutela se orienta a resolver los siguientes problemas jurídicos:

* Si se interpuso simultánea o sucesivamente por parte del señor Gabriel Andraus Burgos, representante legal de la sociedad INVERAPUESTAS S.A. varias acciones de amparo constitucional contra la Lotería de Bolívar, por los mismos hechos y pretensiones ante otras autoridades judiciales. De comprobarse dicha duplicidad en el ejercicio del derecho de acción, además de rechazarse de plano la solicitud de amparo constitucional (Decreto 2591 de 1991, art. 38), es preciso determinar si el citado comportamiento envuelve la realización de una conducta temeraria, definiendo a la vez qué sanciones se reconocen en el ordenamiento jurídico frente a dicho proceder y qué exigencias legales se establecen para la validez de su imposición.

* En caso contrario, esto es, de no acreditarse la existencia de un ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción de amparo constitucional, esta Corporación debe determinar si es viable la interposición de la acción de tutela en el desarrollo de un proceso licitatorio, cuando el pliego de condiciones o los otros actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato y con ocasión del mismo, vulneran los derechos fundamentales de los posibles interesados o de los proponentes.

* Ahora bien, una vez superado el anterior cuestionamiento, esta Corporación debe precisar, si a pesar de establecerse en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la viabilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos a la celebración del contrato; la acción de tutela puede convertirse en una vía procesal prevalente, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los interesados u oferentes, por cuanto -en opinión del demandante, de algunos intervinientes y del Tribunal de instancia- las vías ordinarias no permiten interrumpir el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato.

* En este orden de ideas, en caso de resultar ello posible, se deben establecer las

condiciones bajo las cuales el amparo tutelar se torna en prevalente, y los presupuestos que se exigen para su demostración. Por otra parte, la Corte debe definir, si la condición de proponente resulta exigible para proceder al amparo o basta la comprobación material de su vocación para tal efecto.

* Finalmente, en caso de prosperar el amparo tutelar de forma prevalente, es indispensable determinar si dicha protección opera de manera definitiva o solamente con un alcance transitorio, esto es, mientras la justicia administrativa decide acerca de la legalidad del acto precontractual.

4. Para el efecto la Sala (i) realizará unas breves consideraciones acerca de la temeridad en el ejercicio de la acción de tutela; (ii) se detendrá en el análisis de la prosperidad de la acción de tutela frente a los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración de los contratos estatales y, en especial, frente al acto que contiene el pliego de condiciones y; finalmente, (iii) procederá a la definición del asunto sub-judice.

De la temeridad en el ejercicio de la acción de tutela

5. Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha reconocido que cuando se acude a los procesos constitucionales previstos en el Texto Superior, a través del ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, ya sea directamente o por intermedio de apoderado, se asumen por los ciudadanos determinadas cargas, obligaciones y deberes que condicionan la prosperidad de las pretensiones que buscan velar por la integridad de la Carta Fundamental⁷⁰.

Uno de los deberes que comporta el ejercicio del derecho de acción, consiste en someter

toda actuación procesal a un conjunto mínimo de reglas que permitan preservar la moralización del proceso, como fin perseguido por el ordenamiento procesal para lograr la recta administración de justicia. Dicho deber no constituye una simple exigencia de tipo legal, sino que, por su esencia, se afianza como un mandato imperativo de rango constitucional, dirigido a preservar el principio de transparencia en la realización de la tutela judicial efectiva. En aras de asegurar el cumplimiento del citado propósito, el artículo 95 de la Constitución Política, dispone que:

“(...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.// Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Desde esta perspectiva y a fin de lograr una justicia ágil, pronta y expedita surge tanto para el Estado como para la sociedad, el derecho y la obligación de impedir y castigar cualquier conducta o actuación maliciosa, deshonesta o dilatoria que altere su normal funcionamiento.

En desarrollo de dicho postulado, los distintos regímenes procesales, entre ellos los concernientes a los procesos constitucionales, se encargan de establecer un catálogo de conductas que se entienden contrarias a la recta administración de justicia y que implican la imposición de sanciones destinadas a preservar la moralidad del proceso. En el ordenamiento jurídico se destacan, entre otras, las siguientes conductas lesivas de dicha finalidad procesal, a saber: (i) la carencia manifiesta de fundamento legal en la demanda, contestación o en la interposición de recursos; (ii) el alegar a sabiendas hechos contrarios a la realidad; (iii) la utilización del proceso para el logro de fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; (iv) la obstrucción de pruebas; (v) la duplicidad en el ejercicio del derecho de

acción entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto, etc.

En este orden de ideas, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, en materia de tutela, considera contrario al ordenamiento Superior, el uso abusivo e indebido de la acción de amparo constitucional, y así mismo le exige a los jueces de instancia el deber de adoptar las medidas pertinentes, a través de los procedimientos incidentales reconocidos en la ley, para sancionar o castigar dicha práctica⁷¹. Conforme al citado artículo 38, el uso abusivo de la tutela se concreta en la duplicidad del ejercicio de la acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto. Dispone, al respecto, la norma en cita:

“Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas la solicitudes.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesionales, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”.

Esta disposición fue objeto de control constitucional y declarada exequible mediante sentencia C-054 de 1993⁷², según esta Corporación se trata de un precepto legal destinado a sancionar una típica actuación temeraria contraria a la moralización del proceso, cuya prohibición permite garantizar la eficiencia y prontitud en el funcionamiento de la administración de justicia. En palabras de la Corte:

Para esta Corporación es indiscutible que una actuación de esta naturaleza, esto es, constitutiva de temeridad en el ejercicio del derecho de acción, no sólo atenta contra la economía procesal, sino también contra los principios de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio público de administración de justicia, como garantías inherentes a la moralidad procesal.

6. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la actuación temeraria prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, además de otorgarle al juez de instancia la facultad de rechazar o decidir desfavorablemente “todas las solicitudes”, le habilita -en armonía con lo previsto en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil⁷³-, para sancionar pecuniariamente a los responsables⁷⁴, siempre que la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto (i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones⁷⁵; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”⁷⁶; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”⁷⁷; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”⁷⁸. Es precisamente en la realización de estos comportamientos, en que -a juicio de este Tribunal- se está en presencia de un actuar temerario.

Por consiguiente, si bien tiene el juez la obligación de rechazar las solicitudes de tutela cuando se presenta duplicidad en el ejercicio de la acción de amparo constitucional, también puede sancionar a quienes incurran en dicho actuar, siempre que su comportamiento se funde en móviles o motivos manifiestamente contrarios a la moralidad procesal, como lo son aquellos previamente relacionados y reconocidos por esta Corporación.

En estos términos, no sucede lo mismo y así lo ha advertido esta Corporación, cuando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio simultáneo de la acción de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho⁷⁹; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por los mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del tutelante.

Esta última situación se presentó, por ejemplo, en tratándose de un enfermo de VIH/SIDA, quien a pesar de tener un fallo favorable en tutela con respecto al suministro de algunos medicamentos, ante la falta de entrega de los mismos por parte del Seguro Social, procedió a promover una nueva acción de amparo constitucional con idéntica pretensión, iguales hechos y fundamentos en derecho. Si bien esta Corporación rechazó el amparo pretendido por duplicidad en el ejercicio de la acción tutelar, no accedió a la imposición de la sanción pecuniaria, por estimar que el accionante actuó bajo la necesidad extrema de defender un derecho, y no por móviles o motivos contrarios a la moralidad procesal, constitutivos de una actuación temeraria.

Precisamente, en dicha providencia, la Corte manifestó:

“(…) mal puede concluirse que la actuación verificada en el caso concreto esté afectada por la existencia de mala fe o dolo, pues no es posible afirmar que el actor interpuso la acción a sabiendas de que carecía de razones para hacerlo, ni que actuó de manera “tortícera”, o en abuso del derecho de acción. // Por el contrario, las circunstancias inherentes a la enfermedad terminal del actor evidencian la existencia de una causa razonable para hacer uso del amparo, cual es la de obtener la realización de los exámenes y entrega de los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad dada la afectación progresiva y cuya negación implica un grave detrimento en su salud, todo lo cual debate cualquier utilización abusiva de su derecho a la acción de amparo. (...) Así entonces, la temeridad se constituye por la violación del juramento sólo en el caso de un ejercicio abusivo de la acción de tutela, cuyos nocivos efectos busca evitar el artículo 38. En consecuencia se reitera la posibilidad de que se presenten eventos de improcedencia con ausencia de temeridad, ya que puede ocurrir que se presenten varias tutelas bajo los mismos hechos y derechos en ausencia de una actitud temeraria del demandante, configurándose solamente la declaración de improcedencia” 80

De igual manera, la Corte determinó la inexistencia de una actuación temeraria en el ejercicio sucesivo de la acción de tutela por un grupo de desplazados, a quienes se les negó el amparo constitucional al que tenían derecho, por el error atribuible a los abogados que actuaron en su representación al interponer varias veces la misma acción. En dicha oportunidad, esta Corporación encontró que la conducta temeraria no le era imputable a la accionante, pues dado su escaso nivel educativo (segundo grado de educación básica primaria), no era consciente de las cargas procesales previstas en el trámite de la acción de tutela⁸¹.

7. Acudiendo a lo previsto en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, se ha reconocido en materia de tutela, las sanciones susceptibles de ser interpuestas cuando se

ejerce de forma temeraria la acción de amparo constitucional. Para dichos fines sancionatorios, se ha dicho que es posible establecer una multa de entre 10 y 20 salarios mínimos⁸², sin perjuicio de la responsabilidad civil atribuible al actor por los daños que se ocasionen a la contraparte por el actuar temerario o de mala fe⁸³.

En todo caso, y en aras de hacer efectivos los principios constitucionales de la presunción de inocencia y de la buena fe previstos en los artículos 29 y 83 del Texto Superior, esta Corporación ha determinado que la imposición de cualquier sanción pecuniaria debe someterse al respeto del derecho de audiencia bilateral y contradicción. Así las cosas, es imprescindible otorgar al imputado, en el mismo proceso en que supuestamente se incurrió en la actuación temeraria, la oportunidad de ser oído respecto del comportamiento desleal que se le endilga, de ejercer cabalmente su derecho de defensa y de presentar las pruebas que corroboren su punto de vista.

Sobre la materia, esta Corporación textualmente ha manifestado:

“(…) 5.1 La Carta Política presume la buena fe en todas las actuaciones de los asociados, inclusive en aquellas que fungen como contrarias a derecho y por ende sancionables, porque el artículo 29 del mismo ordenamiento establece la presunción de inocencia y la necesidad de desvirtuarla en todos los casos, con sujeción a las reglas de cada juicio y al derecho de defensa.

(…) Ahora bien, tanto el artículo 38 en cita, como los artículos 72 y 73 del Código en mención permiten imponer las sanciones por temeridad dentro del mismo asunto, pero, en este caso, como en todas las actuaciones judiciales y administrativas, deberán respetarse la audiencia y contradicción del imputado; aspectos de especial significación y cuidado, cuando quien

acude en demanda de protección constitucional lo hace sin asesoría de un profesional del derecho.

Por ello el Código en mención, si bien prevé la sanción, asimismo regula un trámite incidental para imponerla, amén que, de ordinario, en los asuntos civiles las partes y los terceros acceden a la justicia debidamente representados.

De suerte que el fallador de instancia conculcó las garantías constitucionales de la actora al sancionarla, sin permitirle ejercer su derecho a la defensa, de modo que la sanción tendrá que ser revocada. (...)”⁸⁴.

8. Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar:

(i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales.

(ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa.

(iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental.

(iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas a solicitudes”⁸⁵.

Esto ha permitido entender el alcance del “juramento” previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el cual se limita a requerir del tutelante la manifestación de no haber presentado respecto de los mismos hechos, entre las mismas partes y con el mismo objeto otra acción de tutela, pues dicha declaración no puede llegar al extremo de impedir que a partir de nuevos fundamentos de hecho se justifique el ejercicio de la misma acción tutelar.

Sobre la materia, en sentencia T-149 de 1995, esta Corporación expresó la siguiente doctrina constitucional:

“2.1 El legislador sanciona con el rechazo de la solicitud, el ejercicio plural de una misma acción de tutela ante varios jueces o tribunales, salvo la existencia de un motivo expresamente justificado (D. 2591 de 1991, art. 38). Los hechos que dan lugar a la

interposición de una acción de tutela, se refieren a la actuación u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los casos establecidos en la ley (CP art. 86, D. 2591 de 1991, art. 42). El deber de manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no se ha presentado otra acción de tutela, sólo es predicable “respecto de los mismos hechos y derechos”. Una interpretación sistemática de las anteriores disposiciones legales permite concluir que los hechos que motivan la solicitud de tutela no pueden apreciarse separadamente de los derechos fundamentales cuya vulneración o amenaza se aduce (...)

La actuación temeraria presupone la violación del principio de la buena fe. No es explicable porqué si la situación fáctica denunciada desde un principio era supuestamente la misma, y comprendía la discriminación salarial, los peticionarios se limitaron a solicitar la entrega de comprobantes de pago, y a estas precisas pretensiones se circunscribieron los fallos de tutela iniciales. Tampoco es suficiente para inferir una actitud torticera, suponer que los peticionarios debían “conocer el valor real de su sueldo” al momento de interponer la primera solicitud de tutela. Una probable explicación del comportamiento de los actores sería la de que éstos buscaban constituir las pruebas necesarias para demostrar posteriormente la existencia de un trato discriminatorio. Esta interpretación, a diferencia de la presupuesta por los falladores de tutela, consulta el principio de la presunción de buena fe en las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades (CP art. 83). // En conclusión, la Corte no comparte las apreciaciones de los tribunales de tutela en el sentido de que los demandantes actuaron temerariamente. Procede, por lo tanto, a estudiar el fundamento de sus pretensiones (...)”⁸⁶.

Sin embargo, la validez de la explicación acerca de la existencia de un hecho o circunstancia que legitima la interposición de una nueva acción de tutela, se somete forzosamente a la regla general en materia de carga probatoria, según la cual quien pretenda beneficiarse de un supuesto de hecho previsto en la ley, para derivar de ello efectos jurídicos, asume la obligación de acreditar su ocurrencia, conforme a la regla general del ordenamiento jurídico reconocida en el derecho romano bajo el siguiente aforismo: “onus probandi incumbit actori”.

Al respecto, entre otras, esta Corporación en la sentencia T-308 de 199587, manifestó:

“(…) De la norma legal y de la transcrita jurisprudencia se deriva que la acción temeraria únicamente se configura por la presentación simultánea o sucesiva de acciones de tutela cuando no esté amparada por un motivo razonable y válido, pero ésta circunstancia, para ser admitida, debe hallarse claramente probada.

Tal no acontece en el proceso de autos, pues las acciones fueron ejercidas ante diferentes jueces, unas directamente y otras por conducto de la Defensoría del Pueblo, sin que para ello mediara fundamento alguno de índole fáctico o jurídico en cuya virtud pudiera establecerse que las circunstancias de las dos personas mencionadas fueran objetivamente distintas de las que se predicaban de los demás actores”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, procederá la Sala Plena de esta Corporación a determinar si se interpuso simultánea o sucesivamente por parte del señor Gabriel Andraus Burgos, representante legal de la sociedad INVERAPUESTAS S.A. varias acciones de amparo constitucional, contra el mismo demandado, por los mismos hechos y con el mismo objeto ante otras autoridades judiciales, y adicionalmente, si dicho comportamiento es o no constitutivo de una actuación temeraria.

9. Según lo afirman el representante legal de la Lotería de Bolívar y el apoderado judicial de la empresa unipersonal Apuestas el Gato E.U. (tercero con interés), en el presente caso, el señor Gabriel Andraus Burgos interpuso simultáneamente tres (3) acciones de tutela para la protección del mismo derecho fundamental, esto es, el derecho fundamental al debido

proceso en el trámite del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes o "Chance". La primera acción se presentó en su condición de representante legal de INVERAPUESTAS S.A. Una segunda actuación se adelantó mediante apoderado judicial. Y, finalmente, en una tercera ocasión, se acudió al amparo tutelar directamente como persona natural.

Para demostrar la veracidad de dichas afirmaciones, esta Corporación mediante auto de pruebas procedió a requerir la información que reposaba en los expedientes que supuestamente acreditaban el ejercicio temerario de la acción de tutela. Así las cosas, en providencia de julio de 2004, se solicitó que:

"Segundo.- ORDENAR al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, REMITIR en forma inmediata a esta Sala de Revisión, el expediente contentivo de la acción de tutela impetrada por Inverapuestas S.A. contra la Lotería de Bolívar, identificado en esta Corporación con el número de Radicación T-863.818, cuya devolución se ordenó mediante Auto del 17 de marzo de 2004. (Fecha de remisión: 26 de mayo de 2004. Planilla: 116).

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, REMITIR en forma inmediata a esta Sala de Revisión, el expediente contentivo de la acción de tutela impetrada por el señor Gabriel Andraus Burgos, representante legal de Inverapuestas S.A. contra la Lotería de Bolívar, identificado en esta Corporación con el número de Radicación T-827.112, cuya devolución se ordenó mediante Auto del 12 de diciembre de 2003. (Fecha de remisión: 27 de febrero de 2004. Planilla: 39).

Cuarto.- ORDENAR al Juzgado Tercero de Familia de Cartagena, REMITIR en forma inmediata a esta Sala de Revisión, el expediente contentivo de la acción de tutela impetrada por

Apuestas “El Gato” contra la Lotería de Bolívar, identificado en esta Corporación con el número de Radicación T-836.565, cuya devolución se ordenó mediante Auto del 23 de enero de 2004. (Fecha de remisión: 12 de marzo de 2004. Planilla: 150)”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Si bien en relación con la acción de tutela objeto de estudio y análisis (expediente T-851.356), existe una plena identidad entre una de las partes (la Lotería de Bolívar) y uno de los derechos objeto de protección (el derecho fundamental al debido proceso), los hechos que le sirven de fundamento a cada una de dichas acciones de amparo constitucional son distintos.

En la presente acción de tutela se pretende, entre otros⁹⁰, la protección del derecho fundamental al debido proceso dentro del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes “Chance” por la comisión de las siguientes irregularidades, a saber: (i) La ausencia de estudios previos para la apertura del proceso licitatorio (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 7° y 12°. Decreto 2179 de 2002, art. 8°); (ii) El señalamiento del valor mínimo de la propuesta por fuera de las condiciones de ley (Ley 643 de 2001, art. 23); (iii) La presentación del pliego de condiciones en forma incompleta (Decreto 2170 de 2002, art. 1°); (iv) La exclusión del requisito “experiencia” como factor de selección y, además, la extralimitación por su requerimiento en tratándose de socios y/o propietarios (Decreto 2170 de 2002, art. 4°, num. 4°); (v) La comparación de la capacidad financiera de los socios y no de los proponentes (Código de Comercio, art. 98), y finalmente; (vi) La inclusión de factores de selección no definidos ni clarificados de forma suficiente (Ley 80 de 1993, art. 24. num. 5°, literales b y e)

Mientras que, por su parte, en el expediente No. T-851.356, no se fundamenta la violación del derecho fundamental al debido proceso en ninguna de las citadas irregularidades, sino que, por el contrario, se alega como causa para solicitar el amparo, el desconocimiento del principio de transparencia por parte de la Administración Pública, como consecuencia del trámite irregular de los impedimentos del Gerente de la Lotería de Bolívar y del Gobernador del citado Departamento. En efecto, dichos funcionarios habían sido denunciados ante la Fiscalía 16 de la Unidad Anticorrupción adscrita a la Fiscalía General de la Nación por parte del señor Gustavo Adolfo Barros Yidios, que para el año 2002, en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de INVERAPUESTAS S.A., puso en conocimiento de las autoridades competentes, la presunta comisión de los delitos de concusión, celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, interés ilícito en la celebración de contratos y otras defraudaciones dentro del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de apuestas permanentes en el Departamento de Bolívar⁹¹.

Textualmente, en el escrito de demanda, se manifestó que:

“Los señores Gerente y Gobernador, para violar la ley, ignoran, desconocen, pisotean, principios tan fundamentales como el de la igualdad, la transparencia y toda la ritualidad que expresamente regula la institución de los impedimentos y recusaciones, decidieron actuar como se señala:

El señor Gobernador titular Vargas, se separa transitoriamente del cargo y deja encargado al doctor Gustavo Lecompte Gómez, cuando esto ocurre el doctor Salamanca Daza, da por aceptadas las causales de impedimento y lo pone en conocimiento del Gobernador encargado, quien sin perder tiempo las acepta y nombra como Gerente Ad-Hoc al doctor Wilson Peinado Vargas, para que adelantar la licitación mencionada.

Al doctor Vargas Sánchez, no le tocaba cosa distinta que seguir o imitar la doctor Salamanca, en la aceptación del impedimento solicitado, por estar en igualdad de condiciones uno y otro.

La declaratoria de aceptación del impedimento por parte del doctor Salamanca se hace sin que medie auto o acto administrativo acorde con las normas del Código Administrativo en plena concordancia con las de Procedimiento Civil y siempre ocultando a la firma interesada y peticionaria dichas decisiones, de ahí que ellas se resuelvan de plano y carezcan de notificación y por ende de oportunidad para recurrirlas o acusarlas, por lo que no tienen validez alguna.

Estas actuaciones violan el artículo 29 de la Constitución Política, que garantiza ‘el debido proceso en toda actuación administrativa’, sin necesidad de hacer esfuerzo o trabajo alguno para comprobarlas”⁹².

La distinción en los hechos que sirven de fundamento a cada una de las acciones de tutela, le permite a esta Corporación concluir que, en relación con el proceso No. T-851.356, no se presenta duplicidad en el ejercicio de la acción de amparo constitucional.

11. Por otra parte, en el proceso radicado bajo el número T-863.818 de esta Corporación, el cual no fue objeto de selección⁹³, se interpuso acción de tutela por parte del señor Gabriel Andraus Burgos en su condición de representante legal de INVERAPUESTAS S.A. contra la Lotería de Bolívar, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la libertad económica y a la igualdad, en el trámite del proceso licitatorio para la adjudicación de la explotación del monopolio del juego de apuestas permanentes o “Chance”.

Si bien en esta oportunidad concuerdan plenamente las partes del proceso, y se pretende el amparo de mismos derechos fundamentales, salvo en lo relacionado con la supuesta violación de la buena fe y la confianza legítima; la causa que sirve de fundamento para impetrar la protección constitucional en el proceso T-863.818, es manifiestamente distinta a la invocada en esta ocasión.

Para solicitar el amparo constitucional en el citado proceso T-863.818, se tiene como punto de partida, las órdenes de suspensión proferidas por el Juzgado 5° de Familia de Cartagena y los actos administrativos emanados de la Procuraduría General de la Nación, a través de los cuales, como medida preventiva, se solicita la suspensión de la Licitación Pública No. 01 de 2003. En criterio del señor Gabriel Andraus Burgos, la violación al debido proceso se concreta: “en pasar por encima del ordenamiento jurídico al desconocer una medida cautelar y una sentencia judicial de tutela cuyo obedecimiento es forzoso, y plasmada esa vía de hecho en la adjudicación arbitraria, infringe mal irremediable y grave a INVERAPUESTAS, quien desde hace 15 años está explotando lícitamente esta actividad y ahora que queda privado de ella en razón de ser monopolística y sólo explotable en la calidad del concesionario”⁹⁴, se estaría desconociendo, por contera, los derechos a la libertad económica y a la igualdad.

Se trata entonces de dos (2) acciones de tutela que independientemente de la existencia de una fuente u origen común, es decir, el proceso licitatorio No. 01 de 2003 para la adjudicación de la explotación del juego de “Chance”, se sustentan en fundamentos de hecho y de derecho distintos, y por lo mismo, no son constitutivas ni de duplicidad en su ejercicio, ni de temeridad en su actuar.

12. Finalmente, en el expediente No. T-836.565, se presentó una acción de tutela por parte de la empresa unipersonal Apuestas el Gato E.U, tercero con interés en la presente acción

objeto de revisión, que dada la diversidad de partes, no puede considerarse constitutiva del ejercicio simultáneo o sucesivo del amparo constitucional⁹⁵.

En este orden de ideas, y conforme a lo expuesto, la Sala Plena de esta Corporación no encuentra violación a los principios que gobiernan la moralización del proceso, y por ello, procederá entonces con el análisis de fondo de los temas anteriormente propuestos.

De la prosperidad de la acción de tutela frente a los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración de los contratos estatales y, en especial, frente al acto que contiene el pliego de condiciones

De la licitación pública y del pliego de condiciones. (Aproximaciones generales)

13. Antes de adelantar el estudio de procedencia de la acción de tutela, es indispensable realizar unas breves consideraciones acerca de la licitación pública y del pliego de condiciones, pues de su entendimiento depende la fijación de las reglas que determinarán la prosperidad o no de la acción de tutela frente a los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración de los contratos estatales.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

14. En desarrollo del artículo 150-25 de la Constitución Política, el Congreso de la República profirió el Estatuto General de la Contratación Estatal⁹⁶, cuyo propósito se dirige a establecer las condiciones y requisitos a los que se someten las entidades estatales, los servidores públicos y los particulares para celebrar, ejecutar, terminar y liquidar los denominados contratos estatales⁹⁷.

Dentro de ese conjunto de exigencias que se imponen a las entidades estatales y a los particulares para la celebración de los contratos estatales, se encuentra el sometimiento previo a un procedimiento administrativo para la formación de la voluntad contractual, cuya causa final consiste en la selección de la oferta más favorable a la Administración, en aras de garantizar el bienestar general y de satisfacer el interés público como cometidos de la organización estatal.

Dicho procedimiento recibe el nombre de licitación o concurso, según el objeto material del contrato, de donde resulta que bajo la denominación de concurso, se entiende el trámite mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para celebrar un negocio jurídico, cuyo objeto consiste “en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados”⁹⁸; pero cuando la entidad material o inmaterial sobre la cual recae el consentimiento no es ninguno de dichos objetos, sino cualquier otro que se deriva del resto de contratos típicos o atípicos que puede llegar a celebrar la Administración, el procedimiento se denomina licitación pública.

En este orden de ideas, la doctrina especializada ha definido la licitación pública, como el procedimiento de formación de la voluntad contractual, mediante el cual, la Administración a través de una invitación de carácter público se dirige a todas las personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un negocio jurídico determinado, para que en igualdad de oportunidades y con estricta sujeción a los pliegos de condiciones, presenten propuestas de negocio jurídico, a fin de seleccionar aquella oferta que resulte más favorable a los intereses públicos del Estado⁹⁹.

En idéntico sentido, la Ley 80 de 1993, en el artículo 30, establece que: “Se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”.

15. Ahora bien, la licitación pública se convierte en la regla general que debe observar la Administración al momento de celebrar un contrato, por las siguientes razones:

- El artículo 209 de la Constitución Política, establece como principio de la función pública la obligación de preservar la moralidad administrativa, en las distintas actuaciones que se adelantan por las autoridades del Estado, entre ellas, en la celebración y ejecución de los actos y contratos de las entidades estatales. Dicho principio se traduce en la necesidad de exigir el cumplimiento de los pilares de honestidad y de rectitud en el obrar por parte de la Administración.

Así las cosas, la licitación pública se convierte en la herramienta idónea para salvaguardar la vigencia de dicho principio, por cuanto asegura mediante el desarrollo de un procedimiento reglado, la transparencia e imparcialidad de las entidades para elegir al mejor proponente.

En efecto, la naturaleza reglada de la licitación pública permite que el contrato estatal se adjudique al oferente que presentó la mejor propuesta, y proscribire cualquier discrecionalidad que permitiera a los servidores públicos adjudicar el contrato a favor del proponente o licitante que no reúna las mejores condiciones para la ejecución del proyecto.

- Mediante la licitación pública se protegen igualmente los intereses económicos del Estado, ya que a través del desarrollo de dicho procedimiento reglado, las entidades estatales aseguran que el oferente tenga las condiciones idóneas para ejecutar el objeto previsto en el pliego de condiciones y, a la vez, en concordancia con el principio de libre concurrencia, tienen la opción de escoger la mejor oferta, conforme a una serie de factores de evaluación, como es la experiencia, la calidad, el cumplimiento de contratos anteriores, etc., y se asegura también que el precio se ajuste a las condiciones de mercado y a la disponibilidad

presupuestal de la entidad contratante.

- La licitación pública salvaguarda además la vigencia de los principios constitucionales de igualdad (artículo 13) y de libre concurrencia (artículo 333), al otorgar a todas las personas previstas en el pliego de condiciones que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presenten la propuesta más favorable.

- Por último y en estrecha relación con el principio de publicidad, la licitación asegura el control y la fiscalización por parte de los administrados sobre la gestión de los recursos públicos. Para el logro de esta finalidad, el Decreto 2170 de 2002, prevé un espacio idóneo para el ejercicio de las veedurías ciudadanas en el trámite de formación del contrato estatal. Al respecto, el artículo 9° de dicho Decreto, establece:

“Las veedurías ciudadanas, establecidas de conformidad con la ley, podrán desarrollar su actividad durante la etapa precontractual, contractual o poscontractual de los procesos de contratación, haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que administran y ejecutan el contrato y ante los organismos de control del Estado, para buscar la eficiencia institucional y la probidad en la actuación de los funcionarios públicos. Así mismo, podrán intervenir en todas las audiencias que se realicen durante el proceso.

Parágrafo. En desarrollo del inciso tercero del artículo 66 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deberán convocar veedurías ciudadanas para realizar control social a cualquier proceso de contratación, caso en el cual les suministrarán toda la información y documentación pertinente que no esté publicada en la página web de la entidad. El costo de

las copias y la atención de las peticiones presentadas seguirán las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo”¹⁰⁰.

En estos términos, es innegable que la licitación pública como procedimiento para materializar y exteriorizar la voluntad de la entidad estatal y de los particulares al momento de asumir una relación de tipo contractual, se convierte en el instrumento idóneo y suficiente que tiene la Administración para asegurar la vigencia de los principios constitucionales de moralidad administrativa, igualdad, libre concurrencia y publicidad, y además para mantener incólume los intereses económicos del Estado. De suerte que, tal y como lo sostiene la doctrina¹⁰¹, salvo las excepciones previstas en la ley, fundadas siempre en consideraciones de interés público, se impone la realización previa de la licitación pública para la celebración de todos los contratos de la Administración. Precisamente, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, es imperativo al establecer que: “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente (...)”.

La doctrina expuesta por el Consejo de Estado, se resume en los siguientes apartes:

“El procedimiento administrativo de la licitación pública, necesario en los contratos administrativos de mayor trascendencia, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de dos objetivos fundamentales: que las entidades públicas estén en capacidad de elegir al mejor contratista, a través del conocimiento y comparación del mayor número de ofertas y que, a su vez, todos los empresarios o contratistas, estén en capacidad de contratar con las entidades públicas, a través de un medio que asegure la igualdad de trato”¹⁰².

En idéntico sentido, la citada Corporación dispuso que:

“La licitación es uno de los requisitos indispensables previos a la contratación administrativa, cuando la ley no exonera de ella; la definen los artículos 268 del D.E. 1091 /79 y 27 del Decreto 222 /83 y no es nada distinto al procedimiento mediante el cual la entidad pública que desea contratar invita a seleccionar al contratante. Entre sus propósitos están los de evitar la realización de negocios amañados, ofrecer igualdad de oportunidades a todos los posibles contratantes y, desde luego, escoger las mejores propuestas”¹⁰³.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

16. En cuanto a su naturaleza jurídica, la licitación pública es un procedimiento administrativo en el que concurren una serie de actos y trámites realizados por la Administración y por los oferentes que, por regla general, concluyen en la adjudicación del contrato a la propuesta más favorable. Con todo, excepcionalmente puede declararse desierta la licitación, entre otras, por las siguientes razones: (i) Cuando no se presenta oferta alguna; (ii) cuando ninguna de las ofertas se ajusta al pliego de condiciones; (iii) cuando no exista voluntad de participación¹⁰⁴, y finalmente; (iv) cuando existan discrepancias entre los precios ofertados y los que se encuentran inscritos en el RUPR-SICE (Registro Único de Precios de Referencia), sin que exista justificación alguna que legitime tal diferencia, como lo reconoce el artículo 6° del Decreto 2170 de 2002.

El Consejo de Estado, en varias providencias, ha ratificado que la licitación pública es un

procedimiento administrativo complejo, que se compone de distintos actos y trámites preordenados y subsecuentes destinados a la escogencia del proponente que presente la mejor oferta y reúna la plenitud de condiciones previstas en los pliegos de condiciones. Entre dichos fallos se destaca la sentencia del 1º agosto de 1991, mediante la cual la Sección Tercera de dicha Corporación, con ponencia del doctor Juan de Dios Montes Hernández, manifestó:

“(...) Como consecuencia de lo dicho, podemos afirmar que la selección del cocontratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada.

El acto final de selección (adjudicación, designación, etc.), es siempre la consecuencia de un procedimiento previo. El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación.

La licitación constituye también un procedimiento administrativo, ‘...es decir una sucesión continua y encadenada de actos sucesivos, cada uno de los cuales tiene finalidad específica y todos tienden a un resultado final en función del cual se entroncan y armonizan. Sin perjuicio del significado y finalidad inherentes a cada uno de los actos, todos participan del objetivo común que es el de desembocar en el acto final del procedimiento: la selección de la propuesta adecuada o - frustrada la finalidad - la conclusión de que ninguna de las mismas es satisfactoria o de que no tienen condiciones jurídicas para ser aceptadas”. (Radicación No.

6802)

De igual manera, esta Corporación en sentencia T-154 de 1998¹⁰⁵ expresó:

“La licitación es un proceso integrado por varias fases que se cumplen en oportunidades distintas pero sucesivas, convenientemente reguladas por la ley y el pliego de condiciones, mediante normas que obligan y por lo tanto regulan la conducta de la entidad contratante como de los sujetos que en calidad de oferentes intervienen en aquél”.

El Estatuto General de la Contratación Estatal somete el procedimiento de licitación pública a las normas del derecho público, y obliga a tramitar dicho procedimiento conforme a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y en acatamiento del deber de selección objetiva. En la actualidad resultan aplicables a nivel legal a los procedimientos licitatorios, en primer lugar, las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993; y en segundo término, en cuanto sean compatibles con las actuaciones contractuales, las disposiciones relativas a los procedimientos administrativos que regula el Código Contencioso Administrativo, y para llenar cualquier vacío que se llegare a presentar, los preceptos legales previstos en el Código de Procedimiento Civil¹⁰⁶.

El proceso licitatorio se inicia (i) con una etapa previa que corresponde al cumplimiento de los requisitos que se imponen en la ley para su apertura, tales como, realizar los estudios y análisis previos, obtener la habilitación presupuestal y realizar la publicidad de los prepliegos, etc.; (ii) continúa con la resolución de apertura mediante la cual se decide contratar; (iii)

prosigue con la publicación de avisos y del contenido del pliegos de condiciones; (iv) a continuación, y a solicitud de cualquier interesado, es posible practicar audiencias aclaratorias a su contenido; (v) para recibir con posterioridad la presentación de las ofertas que es la fase central en donde se fija la posición de los licitantes; (vi) luego debe entregarse por el comité evaluador el informe de evaluación, permitiéndose la realización de observaciones a su contenido por parte de los oferentes; y finalmente, (vii) se produce la selección y adjudicación del contrato en donde definitivamente se compromete la voluntad estatal.

17. Dentro de este conjunto de actos se encuentra el denominado pliego de condiciones, el cual se puede definir como el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la Administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato. De ahí que no sea un simple acto de trámite, sino un verdadero acto administrativo mediante el cual se plasma una declaración de inteligencia y voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, máxime cuando los pliegos tienen esencialmente un contenido normativo por ser la ley de la licitación y la ley del contrato.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 40, entiende como parte esencial del contrato estatal, las cláusulas y estipulaciones previstas en el pliego de condiciones, cuya trascendencia e importancia es doble: En primer término, es el marco normativo del procedimiento licitatorio y, en segundo lugar, es el instrumento para interpretar e integrar las disposiciones que emanan del negocio jurídico suscrito entre el contratista y la entidad estatal.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha dicho que:

“De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas”¹⁰⁷

Los pliegos de condiciones son elaborados unilateralmente por la Administración, sin ninguna participación de los eventuales proponentes, ya que corresponden a una manifestación del poder o imperium del Estado, quien a través de sus entidades estatales evalúa discrecionalmente la conveniencia, idoneidad, suficiencia y proporcionalidad de los requisitos habilitantes y de los factores de selección en ellos previstos, con el propósito de satisfacer el interés público que subyace en los fines de la contratación estatal.

Al tener el contrato estatal su origen en los pliegos de condiciones, como preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento impuesta unilateralmente por la Administración, se ha considerado que por su propia naturaleza éste es un típico contrato de adhesión, pues los contratistas carecen de la posibilidad de acudir a las tratativas o convenios preliminares propios del derecho privado, para acordar en un plano de igualdad las condiciones que regularán sus relaciones jurídicas¹⁰⁸.

Ahora bien, aun cuando la ley le confiere a la Administración Pública la facultad de autorregular sus propios intereses a través de la elaboración de los pliegos de condiciones

(Ley 80 de 1993. arts. 30-2, 25-12 y 24-6), de todas maneras la misma ley inspirada en valores superiores y principios fundantes de la contratación estatal, establece un conjunto de normas con carácter de ius cogens para ordenar imperativamente los lineamientos básicos a los cuales se somete el procedimiento de formación contractual.

Dichos preceptos normativos se inspiran en reglas mínimas de razonabilidad y proporcionalidad destinadas no sólo a garantizar la vigencia de parámetros éticos como la lealtad y honestidad, sino también instituidas para preservar, entre otros, los principios de transparencia, responsabilidad, economía, concurrencia e igualdad de los ciudadanos en el acceso a los beneficios públicos.

Estas exigencias se enmarcan finalmente en el principio constitucional de la buena fe, que le impone a la Administración la carga de elaborar con absoluta transparencia, objetividad e imparcialidad los pliegos de condiciones, sobre la base de una plena identificación de las obras, bienes o servicios que le interesa contratar, las condiciones técnicas, legales y económicas mínimas para su desarrollo y la plena identificación de las calidades exigibles a los concursantes; requisitos que, so pena de ser considerados ineficaces, deben resultar proporcionales con el objeto licitado. Al respecto, dispone el artículo 25-5 de la Ley 80 de 1993, que:

“5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección;

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso;

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato;

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;

e). Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, y

f). Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones o reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”109.

En cuanto al momento de su formación, los pliegos de condiciones deben elaborarse con anterioridad a la resolución de apertura de la licitación pública (Ley 80 de 1993, arts. 25-12 y

30-10). Y, en relación con su vocación normativa, sus efectos se extienden desde la fase de formación de la voluntad administrativa, hasta las etapas de ejecución y liquidación del negocio jurídico. Veamos:

- En un primer momento, los pliegos de condiciones establecen las reglas que permiten seleccionar al contratista que formule la propuesta más favorable a la entidad estatal. Estas reglas comprenden:

* La identificación del objeto de la licitación, esto es, el señalamiento de las obras, servicios o bienes licitados. Para el cumplimiento cabal de esta regla resulta indispensable la elaboración previa de los estudios, diseños y proyectos requeridos para determinar la viabilidad física y jurídica del objeto a contratar¹¹⁰. Este requisito reviste una trascendencia mayor, en cuanto se convierte en el parámetro que permite la comparación objetiva de los ofrecimientos, pues si el objeto a contratar fuese disímil, no sería posible la confrontación de propuestas.

* La delimitación de los proponentes, es decir, la orientación de la licitación a aquellas personas con vocación para participar en la misma y que reúnan las condiciones de experiencia, capacidad y solvencia económica requerida por la Administración. La legalidad de estas restricciones se somete a la conexidad con el objeto de la licitación y a la generalidad de su contenido, pues el reconocimiento de condiciones que no obedezca a un fundamento serio razonable, implican un desvío de poder y un desconocimiento del principio de libertad de concurrencia.

* Fijación de las condiciones de las propuestas. Son aquellos requisitos previstos en los pliegos de condiciones, cuyo propósito consiste en verificar la calidad de los proponentes, y que se estructuran alrededor de las exigencias de capacidad, habilidad e idoneidad para el cumplimiento del objeto contratado. Este tipo de requisitos no confieren puntos al momento

de calificar una oferta como ocurre con los factores o criterios de selección, sino que se limitan a comprobar la aptitud del proponente para desarrollar y ejecutar cabalmente la obra, servicio o bien sobre la cual recae la licitación. Con todo, el Decreto 2170 de 2002, permite su presentación a la entidad estatal, "(...) en cualquier momento, hasta la adjudicación", siempre y cuando dichos requisitos no sean insubsanables.

* Criterios de selección. Apuntan a aquellas exigencias previstas en los pliegos de condiciones necesarias para permitir la comparación de las ofertas y que, por ende, permiten escoger la más benéfica para la entidad estatal. Entre ellos, se reconocen, los siguientes: el precio, la garantía de calidad, factores técnicos, etc. Su ponderación, en cada clase de contrato, se encuentra prevista en las condiciones del pliego, sin que necesariamente pueda considerarse la mejor oferta aquella que resulte más económica para la Administración, sino aquella que salvaguarde el cumplimiento de los fines del Estado.

* El procedimiento de adjudicación, esto es, el conjunto de requisitos de tiempo, forma y lugar que le corresponde establecer a la Administración, con el fin de ajustar el procedimiento licitatorio al trámite preestablecido en la ley, con el fin de seleccionar la mejor propuesta con base en los principios de libertad de concurrencia e igualdad de condiciones.

- En segundo lugar, el pliego de condiciones además de ser la ley de la licitación es una verdadera ley del contrato, al precisar el objeto de la relación jurídica, o en otras palabras, el conjunto de derechos y obligaciones que asumen las partes al manifestar su consentimiento.

Ese conjunto de situaciones jurídicas que se deben prever en el pliego de condiciones y que con posterioridad a la adjudicación de la licitación resultan exigibles, se encuentran previstos en el numeral 2°, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en los siguiente términos:

“La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”¹¹¹.

- Finalmente, el artículo 24, numeral 5, literal f) de la Ley 80 de 1993, extiende los efectos del pliego de condiciones hasta la fase de liquidación final del contrato estatal, con miras a hacer efectivo el objetivo plausible de la misma, consistente en determinar el estado de cuentas de las partes a partir de la ejecución de las obligaciones que surgieron del contrato y la definición de las reclamaciones pertinentes a que haya lugar.

Queda claro entonces que los pliegos de condiciones constituyen un acto administrativo definitivo de contenido general, respecto del cual se predica la existencia de una declaración unilateral de voluntad por parte de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos. Dichos pliegos, por un lado, permiten definir los requisitos y condiciones que se exigen para seleccionar la mejor propuesta y, por el otro, se convierten en la fuente principal de derechos y obligaciones de las partes, cuya trascendencia en materia de interpretación e integración del contrato, se extiende aún hasta la liquidación final del negocio jurídico.

Los pliegos de condiciones como actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para la Administración, los licitantes y los contratistas. Por lo

anterior, (i) los pliegos resultan inalterables e inmodificables, salvo las excepciones que establezca la ley¹¹²; (ii) Las propuestas deben ajustarse a los requisitos y condiciones en ellos previstos so pena de rechazo¹¹³; y finalmente, (iii) su nulidad por violación de la Constitución o la ley debe impugnarse ante la justicia administrativa, por parte de quienes tengan interés directo en ello.

Con fundamento en las citadas consideraciones, se procederá a establecer las reglas de procedencia de la acción de tutela frente a los actos precontractuales y, especialmente, frente al pliego de condiciones.

De la acción de tutela como mecanismo subsidiario de defensa judicial

18. El artículo 86 de la Constitución Política le otorga a la acción de tutela la naturaleza de mecanismo subsidiario de defensa judicial, pues a pesar de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, procede cuando los mismos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia SU-961 de 1999¹¹⁴, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”, en este caso, es

procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, dada la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha reconocido¹¹⁵, que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. La Corte ha señalado al respecto: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”¹¹⁶.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De los mecanismos contenciosos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir las irregularidades que se presenten en los actos precontractuales, entre ellos, el correspondiente al pliego de condiciones. (De la improcedencia por regla general de la acción de tutela)

19. Esta Corporación, en diversas ocasiones, ha reconocido que en el trámite de un proceso licitatorio, y en concreto, en el contenido del pliego de condiciones, es posible que los derechos fundamentales de por lo menos uno de los proponentes, sean eventualmente objeto de amenaza o violación. Sin embargo, de igual manera, en todas esas oportunidades, ha concluido que el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial para obtener su debida protección, dejando a salvo la procedencia de la acción de tutela, para aquellos casos en que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹¹⁷.

Precisamente se ha admitido que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 446 de 1998, establece distintos medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales que resulten vulnerados por los actos previos a la celebración de un contrato estatal, así dicha disposición reconoce: (i) Que los actos precontractuales y con ocasión de la actividad contractual, son demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, y que, (ii) una vez celebrado el negocio contractual, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, por intermedio de la acción contractual. En todo caso, según el mismo artículo 87 del C.C.A., la interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato¹¹⁸.

Es necesario precisar que la prosperidad de las citadas acciones, en cuanto se relacionan con el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, se someten a la existencia de actos previos que comporten la existencia de un acto administrativo definitivo y no un simple acto de trámite, pues éstos son susceptibles de impugnación a través del acto que le pone fin a cada una de las etapas del procedimiento licitatorio¹¹⁹.

Entre los actos administrativos definitivos que se presentan en el trámite de la licitación pública se reconocen, entre otros, los siguientes: la Resolución de apertura, el pliego de condiciones, el acto de rechazo de propuestas, el acto que declara desierta la licitación y la resolución de adjudicación.

El Consejo de Estado, en sentencia previamente citada, distinguió las distintas categorías de actos que pueden proferirse en un proceso licitatorio, aclarando cuáles de ellos son actos administrativos definitivos. En sus propias palabras, manifestó:

“Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión del oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etc. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el reglamento de contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la administración, los informes, dictámenes, proyectos, valoraciones de antecedentes, etc., hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registros, etc. (...)

Cada acto del procedimiento tiene una función específica, la cual sólo se explica lógicamente a la luz de su función dentro del contexto, que es la de condicionar y proporcionar la irrupción del y de los actos subsecuentes, hasta que pueda surgir el acto final en vista del cual están preordenados todos los anteriores.

De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas (...)"¹²⁰.

20. Partiendo de las consideraciones esgrimidas en la demanda de tutela, en las distintas intervenciones y en la providencia del juez de segunda instancia, la Corte Constitucional se formula el siguiente interrogante: ¿Es procedente otorgar la acción de tutela como mecanismo definitivo y prevalente de protección judicial, en la medida en que las acciones contenciosas no permiten interrumpir el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato, y por lo mismo, podrían llegar a considerarse inadecuadas e insuficientes para proveer una defensa integral a los derechos fundamentales comprometidos?

Si bien dicha posición podría estimarse en principio razonable, a partir de la configuración de una de las causales de procedencia de la acción de tutela, consistente en la falta de idoneidad de las acciones ordinarias para otorgar un amparo integral, lo cierto, es que dicho punto de vista, resulta contrario a la naturaleza jurídica de los actos precontractuales y a los mecanismos previstos en el ordenamiento legal para controvertir su validez y suspender sus efectos.

Como se dijo anteriormente, determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares¹²¹; concretamente, y para efectos de la presente tutela, el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo general, pues fija las reglas que disciplinan el procedimiento de selección objetiva del contratista de manera impersonal, imparcial y abstracta frente a todos los proponentes.

Ahora bien, la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular.

“La acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo comprende no sólo las controversias derivadas de la existencia, nulidad o incumplimiento del contrato estatal sino que también es la vía procesal adecuada para impugnar los actos administrativos dictados con motivo y ocasión de la actividad contractual, tal como lo había definido la jurisprudencia y ahora expresamente la Ley 80 de 1993.

Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, es este caso del contratista”¹²².

De igual manera, en cuanto a la procedencia de la suspensión provisional en los actos precontractuales, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido:

“Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye, una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable y obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del Decreto-ley 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto, e igualmente de la suspensión provisional contemplada en el artículo 152 del

Código Contencioso Administrativo, que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del artículo 193 de la Constitución Política”¹²³.

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador¹²⁴. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no le impone a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales para proceder a la suspensión provisional de sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del C.C.A¹²⁵.

Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria (C.P. art. 86).

Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma

transitoria.

21. Por otra parte, es evidente que la viabilidad de la acción de tutela se encuentra sometida a las particularidades del asunto sometido a decisión, por lo cual en cada caso debe analizarse si alguna de las causales de improcedencia resultan aplicables conforme a la naturaleza del acto administrativo puesto a consideración del juez de tutela.

Dentro del catálogo de causales de improcedencia previsto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, goza de especial significación aquella reconocida en el numeral 5°, conforme a la cual: “La acción de tutela no procederá: (...) 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Acerca de la validez de dicha causal de improcedencia, esta Corporación ha señalado que la misma tiene su origen en la existencia de otros medios de defensa judicial que permiten a través de un control abstracto verificar la constitucionalidad y legalidad de un precepto normativo. Al respecto, en sentencia 1452 de 2000126, la Corte sostuvo:

“Tal y como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado por el 6° del Decreto 2591 de 1991, excluye la acción de tutela cuando el afectado disponga de otros medios de defensa judicial que le permitan hacer efectiva la protección del derecho que se le conculca o amenaza, a no ser que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De igual modo, la jurisprudencia constitucional ha indicado de manera reiterada, que la acción de tutela, tiene como característica principal el ser de naturaleza residual y subsidiaria y no se trata de un mecanismo alternativo, paralelo, ni supletivo o sustitutivo de los medios judiciales ordinarios o especiales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Como lo anotó el juez de instancia, se observa que en el caso sub-judice, se evidencia la existencia de otro medio de defensa judicial. En efecto, la Constitución Política en su artículo 241, confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y en su numeral 5º consagra la acción pública de inconstitucionalidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, contra “los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación”, mecanismo éste especial y específico con que cuenta el accionante para ante esta Corporación acudir, en procura de sustraer del ordenamiento jurídico, el Decreto 169 del 8 de febrero de 2000.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En consecuencia, no procede la acción de tutela con el fin de obtener que se suspenda el Decreto 169 de 2000 expedido por el Presidente de la República, pues se trata de un acto de carácter general impersonal y abstracto (numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991), que surte efectos también generales. Si el actor lo consideró contrario a los preceptos de la Carta Política, pudo haber ejercido, como se manifestó anteriormente, la acción pública de inconstitucionalidad, tal como lo contempla nuestra Constitución Política en su artículo 241-5”127.

La importancia de reconocer la citada limitación en cuanto a la prosperidad de la acción de tutela radica, en que determinados actos precontractuales corresponden a típicos actos administrativos de carácter general y definitivos, pues deciden cada una de las etapas del proceso licitatorio de forma impersonal, objetiva y abstracta para todos los proponentes, como ocurre, por ejemplo, con la resolución de apertura de la licitación o el pliego de condiciones.

En torno a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, citando al Consejo de Estado, previamente se había dicho que:

“De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas”¹²⁸.

En relación con la resolución de apertura, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado, Sección Tercera, reconoció que aunque en principio dicho acto podía considerarse un acto de mero trámite, en realidad su naturaleza jurídica se asimilaba más a la de acto administrativo general y definitivo, susceptible en su contenido de ser impugnado a través de la acción de simple nulidad, por sus implicaciones en cuanto a la vigencia, eficacia y protección de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal. En sus propias palabras, dicha Corporación manifestó:

“Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación

es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebidamente o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten”¹²⁹.

De igual manera, la doctrina ha reconocido en el acto de apertura de la licitación pública, la existencia por regla general de un verdadero acto administrativo de contenido general, por envolver una declaración unilateral de voluntad de las entidades estatales capaz por sí mismo de producir directamente efectos jurídicos.

Así, la Administración asume la obligación de observar el procedimiento licitatorio y de seleccionar la propuesta que resulte más favorable de conformidad con los requisitos previstos en los pliegos de condiciones; y a su turno, a partir de la invitación que se realiza para que los interesados formulen ofertas en relación con el proyecto de contrato determinado, como invitatio ad offerendum, los proponentes adquieren el derecho subjetivo

y el interés legítimo de formular propuestas de negocio jurídico, a que éstas sean evaluadas si cumplen las exigencias habilitantes reconocidas en los pliegos, y en fin, a que se concluya todo el procedimiento de selección objetiva adjudicando el contrato al mejor oferente.

Dicha resolución de apertura produce como efectos jurídicos: (i) La obligación de las entidades estatales de impulsar de oficio el procedimiento licitatorio hasta la adjudicación del contrato; (ii) La imposibilidad de modificar las características esenciales del objeto de la licitación, pues su alterabilidad pondría en riesgo la vigencia de los principios de libertad de concurrencia y de igualdad de los proponentes; (iii) La incapacidad de la Administración para revocar unilateralmente el llamado a la licitación, ya que se trata de un acto administrativo que crea una situación jurídica subjetiva para las personas con vocación de oferentes.

Precisamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto del 6 de abril de 1987, reiterando lo previsto en sentencia del 9 de octubre de 1986, declaró que el llamado a la licitación pública, es un verdadero acto administrativo separable, susceptible de control jurisdiccional y de suspensión provisional en los casos reconocidos en la ley. En dicha oportunidad, se suspendió provisionalmente una resolución mediante la cual se abrió una licitación pública, por restringir indebidamente la libertad de concurrencia¹³⁰.

Así las cosas, no es viable acudir a la acción de tutela para controvertir la legalidad de los actos precontractuales de contenido general y abstracto, pues así lo establece expresamente el artículo 6°, numeral 5° del Decreto 2591 de 1991, al reconocer la improcedencia del amparo constitucional contra dicha modalidad de actos.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se demande entonces un acto general, impersonal y abstracto tan sólo es viable la acción de tutela a través de la prueba de un perjuicio irremediable¹³¹.

22. Ahora bien, se pregunta esta Corporación: ¿Si la condición de proponente es exigible para poder ejercer la acción contractual, cuando se pretende obtener la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato?

La solución del citado interrogante es imprescindible, pues de concluirse que la calidad de proponente es obligatoria para ejercer la acción contractual, necesariamente la acción de tutela podría convertirse en el único medio de defensa judicial, para proteger los derechos fundamentales de las personas que no participaron en la licitación pública con justa causa, pero que les asiste razones o motivos para considerar que los actos precontractuales son contrarios al ordenamiento Superior, cuando tan sólo es viable alegar su ilegalidad a través de la nulidad absoluta del contrato.

Al respecto, el mismo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reconoce que las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo puede pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato, a través del ejercicio de la acción contractual, entre otras, por celebrarse contra expresa prohibición de la Constitución o la ley, o por estar incurso en abuso o desviación de poder (Ley 80 de 1993, artículo 44).

Como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en estos casos, el “interés directo” no se asimila a la condición de proponentes, sino que basta la comprobación material de su vocación para el efecto. De donde resulta que cualquier persona que demuestre haber tenido la potencialidad de participar en la licitación pública, pero que fue indebidamente excluida por la violación de alguno de los principios que la regulan, por ejemplo, impidiendo la libre concurrencia mediante una discriminación no permitida por el ordenamiento Superior, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato, a través de la acción contractual, como mecanismo idóneo de defensa del derecho fundamental a la igualdad.

La interpretación de la norma en este sentido, supone la plena realización de la libertad de concurrencia y de la igualdad entre los licitantes, como principios fundantes del estatuto de contratación estatal, pues uno de los modos como usualmente se vulneran los citados principios, es mediante la elaboración de pliegos en donde se prescriben requisitos habilitantes o criterios de selección que sólo determinados proponentes pueden cumplir, sin que resulten proporcionales con el objeto de la licitación, ni necesarios para la buena ejecución del proyecto de contrato determinado.

Es en la existencia de cláusulas abusivas en los pliegos de condiciones que establecen discriminaciones o exigencias que sólo pueden ser cumplidas por un proponente, contrarias a la transparencia y a la buena fe precontractual que deben regir el proceso de formación de la voluntad negocial de la Administración, en donde se encuentra el fundamento para la autorización de que un tercero “no proponente” tenga “interés directo” en la impugnación de los actos administrativos precontractuales, pues en últimas lo que se pretende es salvaguardar los principios de concurrencia e igualdad, que serían objeto de vulneración si se llegase a permitir la conducta abusiva o incurra en desviación de poder, consistente en el interés de la entidad estatal de seleccionar a un contratista diferente de aquel que puede formular una mejor propuesta de contrato. De todas maneras, ese “interés” como la ha sostenido la Justicia Administrativa debe ser “directo”, o en otras palabras, concreto, particular o con incidencia económica, en el entendido de excluir móviles abstractos o generales de protección del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, sobre el “interés directo” el Consejo de Estado, en sentencia de marzo 6 de 2003, manifestó:

“El demandante afirmó que se presenta la nulidad del acto de selección del contratista y la absoluta del contrato prevista en el artículo 78 del decreto 222 de 1983, porque se

contravinieron normas del derecho positivo. A efectos de resolver estas pretensiones la Sala encuentra procedente analizar, previamente, lo relativo al interés jurídico para demandar la nulidad del contrato, toda vez que a juicio del Tribunal, el actor carece del mismo porque no participó en el procedimiento de escogencia del contratista. La exigencia legal de un interés jurídico para demandar la nulidad del contrato, se traduce en que el demandante debe actuar movido por un interés directo y particular, no motivado por el interés de mantener el orden jurídico. El interés que exige el Código Contencioso Administrativo no radica únicamente en el licitante u oferente vencido en el proceso de selección del contratista; el interés se predica respecto de cualquiera que demuestre un interés concreto, particular 'de sentido o incidencia económica' en la existencia del contrato (...)"¹³².

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por consiguiente, cualquier persona que demuestre un interés directo, sin importar su condición o no de proponente, puede ejercer la acción contractual para impugnar la validez de los actos precontractuales o el contrato. En este sentido, dada la amplitud de los supuestos de legitimación por activa de la acción contractual, no existe argumento alguno que permita sostener que la acción de tutela debe prosperar de manera definitiva, pues es claro que el ordenamiento jurídico otorga los instrumentos legales suficientes para controvertir la validez de los actos precontractuales que lesionen o vulneren los derechos fundamentales.

23. Ahora bien, el hecho de que no proceda por regla general la acción de tutela contra el pliego de condiciones, así como frente a los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, no significa que la acción de amparo constitucional en ningún caso prospere en el ámbito de la contratación estatal. Por el contrario, esta Corporación ha reconocido la viabilidad de la citada acción, entre otras, en los casos de imposición de sanciones a los contratistas, cuando a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, se demuestra de manera clara la violación de un derecho fundamental y la existencia de un perjuicio irremediable, concreto y específico, sobre el mismo. En todo caso, en esta hipótesis, como lo ha reconocido este Tribunal, el juez de tutela no puede convertirse

en el juez del contrato, en la medida en que carece de competencia para resolver el conflicto planteado en el ámbito puramente legal, esto es, en relación con la “interpretación y aplicación de la ley contractual”¹³³, pues sus atribuciones constitucionales, sin lugar a dudas, se concretan en la protección de los derechos fundamentales (C.P. arts. 86 y 241), asumiendo, en consecuencia, el rol de juez de los derechos¹³⁴.

En este contexto, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003¹³⁵, este Tribunal se pronunció acerca de una acción de tutela promovida por las sociedades que hacían parte de la compañía COMMSA S.A., a quienes, durante la ejecución de un contrato estatal de concesión, se les impuso por parte del INVIAS la sanción de “inhabilidad” para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, con posterioridad a la declaratoria de caducidad y terminación del mencionado contrato. Según se manifestó, en aquella ocasión, la inhabilidad impuesta no se profirió expresamente en la misma resolución a través de la cual se decretó la caducidad, sino en el acto administrativo que dio respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la misma. En criterio de los accionantes, con dicho comportamiento, se les desconoció el derecho fundamental al debido proceso, pues para poder ejercer su derecho de defensa, la inhabilidad debió decretarse desde el primer acto administrativo, y no en el que se resolvió el recurso en la vía gubernativa.

Luego de realizar unas breves consideraciones acerca de la procedencia de la acción de tutela para lograr, de forma temporal y excepcional, la inaplicación de un acto administrativo de contenido particular y concreto¹³⁶, esta Corporación concluyó que a pesar de existir otros medios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir la validez de la resolución a través de la cual se les impuso la inhabilidad, y de poder, además, en el trámite de los mismos solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo; la acción de tutela resultaba procedente como mecanismo transitorio de defensa judicial, para proteger el derecho fundamental al debido proceso -el cual se consideró vulnerado por la actuación del INVIAS-, pues se estaba en presencia de un perjuicio irremediable que requería la adopción de medidas urgentes e impostergables, consistente en la “reducción prácticamente total del ámbito [de] capacidad jurídica de cada una de las sociedades

demandantes”.137

Obsérvese como, en el caso objeto de análisis, esta Corporación admitió la prosperidad del amparo constitucional, aun a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial y de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto, en consideración a las siguientes razones: (i) La controversia sometida a su decisión no se limitaba a plantear un problema de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos, sino que envolvía un asunto de trascendencia constitucional; (ii) El origen de la vulneración alegada se presentó en un acto administrativo “poscontractual” cuyos efectos tenían un alcance personal y concreto sobre los derechos fundamentales de los accionantes, en especial, frente al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14)¹³⁸; (iii) Éstos, a su vez, demostraron que las consecuencias jurídicas del acto sometido a revisión, conducían a la pérdida total de su capacidad jurídica, lo que se traducía en claro perjuicio irremediable para el ejercicio del citado derecho fundamental¹³⁹; (iv) No se trató entonces de un amparo otorgado por la simple limitación, restricción o regulación de un derecho, o por el señalamiento de las condiciones generales o abstractas que permiten su desarrollo, como ocurre con el acto que contiene el pliego de condiciones, sino por la efectiva demostración de la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental.

24. En conclusión, es claro que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, como lo es, el acto que contiene el pliego de condiciones, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales resultan idóneas y suficientes para otorgar una protección integral y eficaz a los derechos comprometidos, siempre que no se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el cual además de ser personal, exige su demostración de manera concreta, específica y con repercusiones sobre garantías ius fundamentales, para permitir conceder el amparo tutelar de manera transitoria, aun a pesar de tener la posibilidad solicitar -en el trámite de las citadas acciones- la suspensión provisional de los actos administrativos.

Otros mecanismos de defensa judicial previstos en el Texto Superior para la defensa de derechos constitucionales, distintos de la acción de tutela

25. Adicional a lo expuesto, a juicio de esta Corporación, existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo de defensa judicial que permite plantear la controversia acerca de la protección de algunos derechos constitucionales que eventualmente puedan resultar vulnerados en el curso de una licitación pública. Sin embargo, es preciso aclarar que no es el interés particular y concreto en la adjudicación de un contrato estatal el móvil que legitima la procedencia de esta acción, sino, por el contrario, la necesidad de preservar el interés colectivo como interés general de la sociedad.

Dicho mecanismo de defensa judicial es la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada, entre otras, por la Ley 472 de 1998. En esta última disposición, en el artículo 9°, se establece que: “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.

La acción popular es una acción de raigambre Superior, sujeta a los principios constitucionales de informalidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia¹⁴⁰. Para su procedencia, es obligación del juez constitucional impulsarla de oficio¹⁴¹ y, además, no exige el agotamiento previo de la vía gubernativa cuando se pretende controvertir actos administrativos¹⁴².

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido que si bien la acción popular no tiene como finalidad controvertir la legalidad de los actos administrativos o contratos estatales, ya que para asegurar el cumplimiento de dicho propósito se han previsto en el ordenamiento jurídico las acciones contencioso administrativas; lo cierto es que a través de una visión garantista de los derechos constitucionales se admite que, si dichos actos o contratos son la causa de

afectación o amenaza de un derecho colectivo, el juez constitucional puede anularlos, suspenderlos o inaplicar sus efectos de oficio.

En cuanto se trata de los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio y del contrato estatal que se suscribe al finalizar dicho trámite de selección, la acción popular se puede ejercer para evitar el daño contingente o restituir las cosas a su estado anterior, siempre y cuando resulten comprometidos derechos colectivos¹⁴³.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Entre aquellos derechos que pueden ser objeto de salvaguarda dentro del desarrollo de los procedimientos propios de la contratación estatal, se pueden mencionar, entre otros, los siguientes: la moralidad administrativa, el patrimonio público, la libre competencia económica, el acceso a los servicios públicos, etc.

Uno de los antecedentes en dicha materia, lo constituye la sentencia del Consejo de Estado del 7 de junio de 2001, mediante la cual se ordenó la suspensión de un contrato estatal para la construcción de un estadio de fútbol del Municipio de San de Juan de Pasto, por estimar vulnerados los derechos colectivos de la moralidad administrativa y la seguridad pública¹⁴⁴.

Con posterioridad, en sentencia del 19 de julio de 2002, el Consejo de Estado declaró la invalidez de un “otrosí” celebrado por Ecosalud S.A. para adquirir del contratista una actualización de software, por considerarlo lesivo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público¹⁴⁵.

Debe recordarse que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción popular a diferencia de la acción de tutela, no resulta improcedente cuando existen otros medios de

defensa judicial a través de los cuales se puedan tutelar los derechos colectivos amenazados o vulnerados, pues ninguna disposición de la Constitución o de la Ley, le otorgan una naturaleza subsidiaria¹⁴⁶.

Conforme a lo expuesto, se deduce que en el ordenamiento jurídico se prevé a la acción popular, como una herramienta constitucional con la capacidad e idoneidad necesaria para obtener la declaratoria de nulidad o suspender los efectos de los actos administrativos precontractuales o el mismo contrato estatal, siempre que vulneren o amenacen derechos colectivos.

De todas maneras, y en cuanto se relaciona con derechos fundamentales, la Ley 472 de 1998, le otorga prioridad a la protección que se confiere mediante la acción de amparo constitucional, bajo la condición de que la acción popular sea eminentemente preventiva y no resarcitoria. Al respecto, el artículo 6° de la citada Ley, dispone: “Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de Habeas Corpus, la Acción de Tutela y la Acción de Cumplimiento”.

Finalmente, es preciso aclarar que la procedencia de la acción popular se somete al interés del ciudadano en proteger un derecho colectivo que trasciende a la pura realización de un interés subjetivo y concreto¹⁴⁷. De donde resulta que, si lo que se pretende es la obtención de una reparación individual por la comisión de un daño fundado en la arbitrariedad de los actos precontractuales proferidos dentro de un procedimiento licitatorio, las acciones procesales correspondientes para resolver dicho tipo de conflictos son aquellas previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativa¹⁴⁸, pues el objeto de dicha pretensión se limita en exclusiva a la salvaguarda de un interés directo, particular, concreto y de raigambre netamente económico.

26. Si bien se reconoce que la acción popular puede ser utilizada para plantear controversias

en relación con los actos administrativos precontractuales, por ejemplo, en cuanto a la protección del derecho a la libre competencia económica, no por ello puede considerarse que la acción de tutela se convierte en un mecanismo subsidiario de defensa judicial frente a la citada acción. En efecto, en reiteradas ocasiones esta Corporación ha precisado el alcance de estas acciones, en atención a la órbita específica de cada una y a los aspectos propios de su competencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 88 de la Constitución Política.

Así, se ha señalado que la acción popular ha sido consagrada en el Texto Superior como la vía judicial por excelencia para proteger los derechos colectivos relacionados con el espacio público, la seguridad, la moralidad administrativa, el patrimonio público, entre otros; mientras que, en el caso de la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales, la acción expedita, como es de conocimiento general, es la acción de tutela. Por ello, el artículo 6°, numeral 3°, del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la citada acción, dispone expresamente que, en principio, la acción de amparo constitucional no procederá cuando se “pretenda proteger derechos colectivos”¹⁴⁹.

Pero, en todo caso, el mismo artículo 6°, numeral 3°, del Decreto 2591 de 1991 reconoce que, si además de los intereses estrictamente colectivos, se comprometen o se ponen en peligro, por las mismas causas, derechos constitucionales fundamentales de las personas, procede la acción de tutela para hacerlos efectivos, “siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable”. A manera de ejemplo, en sentencia T-453 de 1998¹⁵⁰, se protegió el derecho al medio ambiente sano en conexidad con los derechos a la vida digna y a la integridad personal, como consecuencia de las graves condiciones de salud en que se encontraban niños y adultos del Municipio de Ricaurte, a raíz de la falta de preservación y cuidado del botadero de basura¹⁵¹.

En consecuencia, es claro que la acción de tutela no es subsidiaria de la acción popular, sino que cada una de dichas acciones constitucionales tiene su propio ámbito de protección. Sin

embargo, es preciso señalar que aun frente a derechos colectivos la acción de tutela puede proceder, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 6°, numeral 3°, del Decreto 2591 de 1991, previamente explicados.

Conclusiones generales

27. A manera de conclusión, esta Corporación encuentra que frente a los actos administrativos precontractuales, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones que permiten controvertir su validez, con la idoneidad y aptitud suficiente para conferir un amparo integral, ellas son: la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento, la acción contractual y la acción popular¹⁵².

Que las mismas siempre que se ejerzan en tiempo y bajo las condiciones que establece la Constitución y la ley, tienen la idoneidad suficiente para conjurar una posible amenaza o violación de los derechos constitucionales de los proponentes o de quienes tengan la vocación de tal. Así, entre otras, se permite impetrar la solicitud de suspensión provisional.

Que, en esta medida, la acción de tutela tan sólo resulta viable contra actos administrativos precontractuales siempre que no se traten de actos de contenido general, impersonal y abstracto por expresa prohibición del artículo 6°, numeral 5°, del Decreto 2591 de 1991, y en todo caso, su prosperidad se encuentra sometida a la regla de la subsidiaridad, conforme a la cual le corresponde al demandante probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional.

De igual manera, no es indispensable la condición de proponente para ejercer las acciones contenciosas de protección de los derechos vulnerados en el trámite de una licitación, toda

vez que la ley habilita para su ejercicio a cualquier tercero con interés, entre los cuales, se encuentran quienes tengan la vocación para participar en el proceso de selección.

Por otra parte, bajo ninguna circunstancia el amparo tutelar puede prosperar de manera definitiva y prevalente, pues los medios ordinarios de defensa, permiten proteger los derechos de los oferentes, conforme a los principios de eficiencia, eficacia y economía. Para este efecto, la ley regula medidas previas o preventivas que suspenden los efectos de los actos lesivos del orden constitucional y legal.

Con fundamento en estas consideraciones, procederá esta Corporación a resolver el caso concreto sometido a revisión.

Del caso concreto

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

28. En primer lugar, el día 9 de agosto de 2005, el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, manifestó a la Sala Plena estar incurso en una causal de impedimento para conocer del presente asunto, la cual fue aprobada por esta Corporación¹⁵³.

En segundo término, en la medida en que en relación con la Licitación Pública No. 01 de 2003 de la Lotería de Bolívar, se han ejercido distintos controles administrativos y judiciales, los cuales como se demostró en los acápite 2.7 y 2.8 de esta providencia -han sido y están siendo- objeto de conocimiento por parte de las autoridades; y en cuanto las violaciones alegadas se refieren con exclusividad al acto administrativo que contiene el pliego de

condiciones de dicha licitación; esta Corporación se limitará a pronunciarse en torno a los problemas jurídicos objeto de la tutela, con prescindencia del análisis de los otros asuntos que pudieran derivarse de dicho proceso licitatorio que son de competencia de otras autoridades públicas.

De la operación del juego de apuestas permanentes o “Chance” en los términos previstos en la Ley 643 de 2001

29. Antes de proceder a la resolución del caso concreto, es pertinente recordar que la licitación pública que se convocó por parte de la Lotería de Bolívar, se fundamentó en la Ley 643 de 2001, “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”. La citada Ley en el capítulo IV, regula lo pertinente al juego de apuestas permanentes o “Chance”¹⁵⁴.

Para la operación de este juego, el artículo 22 de la Ley en mención, establece que el mismo se podrá realizar a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años. Dichos terceros además de acreditar un patrimonio técnico mínimo y de otorgar las garantías necesarias, deben tener la condición de personas jurídicas, conforme se establece en el artículo 7° de la Ley 643 de 2001, disposición previamente declarada exequible mediante sentencia C-031 de 2003¹⁵⁵.

Ahora bien, de acuerdo con el citado precepto legal, la autorización para que un tercero opere el juego de apuestas permanentes, se somete a la suscripción de un contrato de concesión en los términos previstos en la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Por lo que necesariamente esta regulación se convierte en el marco normativo que rige no sólo la expedición de los actos precontractuales, sino también la celebración y formalización del contrato, así como la ejecución, liquidación y terminación del mismo, a menos -claro esta- que la Ley 643 de 2001

disponga reglas especiales, para tal efecto.

Precisamente, a manera de ejemplo, se establecen las siguientes: (i) La duración del contrato por el término de cinco (5) años¹⁵⁶; (ii) La suma que por derechos de explotación se debe reconocer a favor de la entidad concedente¹⁵⁷; (iii) El plan de premios del juego de Chance¹⁵⁸, el modelo de su formulario para la venta¹⁵⁹ y la manera como se deben registrar las apuestas¹⁶⁰; (iv) La necesidad de que su operación por parte de terceros se haga únicamente por personas jurídicas¹⁶¹; (v) La destinación exclusiva de los recursos obtenidos a favor de la salud y la obligación de consignarlos por los concesionarios en una cuenta especial para tal fin¹⁶²; (vi) La vigilancia administrativa ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud¹⁶³; (vii) El reconocimiento acerca de la naturaleza pública de los recursos obtenidos en la explotación de este monopolio, lo que permite el ejercicio del control fiscal sobre la destinación y uso de los mismos¹⁶⁴, y por último; (viii) La imposibilidad de prorrogar los contratos de concesión hasta que se seleccione por licitación pública un nuevo operador¹⁶⁵.

En cuanto a las disposiciones que rigen el proceso licitatorio y los mecanismos judiciales de defensa contra los actos administrativos proferidos en desarrollo del mismo, no se establecen normas de carácter especial en la Ley 643 de 2001, por ello, en esas materias, debe estarse a lo previsto en la Ley 80 de 1993¹⁶⁶, y en subsidio, en el Código Contencioso Administrativo¹⁶⁷. Así se consagra en el citado artículo 7° de la Ley 643 de 2001 que -en estas materias- remite al Estatuto General de la Contratación Estatal¹⁶⁸.

De acuerdo con estas consideraciones, procederá la Corte a resolver el caso en concreto.

De la resolución del asunto sometido a revisión

30. INVERAPUESTAS S.A., actuando a través de su representante legal, interpuso acción de tutela en contra de la Lotería de Bolívar, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad económica, a la libre competencia económica, a la buena fe y a la confianza legítima; con fundamento en el contenido del pliego de condiciones propuesto para la Licitación Pública No. 01 de 2003, para adjudicar en concesión la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en el Departamento de Bolívar.

En opinión de INVERAPUESTAS S.A. dichos derechos fueron vulnerados, por la comisión de las siguientes irregularidades, a saber: (i) La ausencia de estudios previos para la apertura del proceso licitatorio (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 7° y 12°. Decreto 2179 de 2002, art. 8°); (ii) El señalamiento del valor mínimo de la propuesta por fuera de las condiciones de ley (Ley 643 de 2001, art. 23); (iii) La presentación del pliego de condiciones en forma incompleta (Decreto 2170 de 2002, art. 1°); (iv) La exclusión del requisito “experiencia” como factor de selección y, además, la extralimitación por su requerimiento en tratándose de socios y/o propietarios (Decreto 2170 de 2002, art. 4°, num. 4°); (v) La comparación de la capacidad financiera de los socios y no de los proponentes (Código de Comercio, art. 98); (vi) La inclusión de factores de selección no definidos ni clarificados de forma suficiente (Ley 80 de 1993, art. 24. num. 5°, literales b y e); (vii) La transformación de la explotación del “Chance” en una única zona, desconocimiento, caprichosamente, que en la actualidad se manejan siete zonas distintas a cargo de igual número de operadores; y (viii) otras violaciones de naturaleza eminentemente procesal que impidieron la libre competencia y la transparencia en el proceso de selección.

31. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos en los fundamentos 13 a 29 de esta providencia, encuentra la Corte que la acción de tutela no está llamada a prosperar, por las consideraciones que a continuación se exponen:

De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de las acciones contenciosas de

defensa judicial, previstas para controvertir el contenido del pliego de condiciones como acto administrativo de contenido general y abstracto

Inicialmente es pertinente destacar que las irregularidades descritas en los numerales (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi) y (vii) previamente reseñadas, se refieren específicamente a violaciones de los principios de la contratación estatal contenidas en el pliego de condiciones formulado por la Lotería de Bolívar; acto administrativo de carácter general, frente al cual conforme al artículo 6°, numeral 5°, del Decreto 2591 de 1991, no es procedente la acción de tutela, a menos que se pruebe la existencia de un perjuicio irremediable¹⁶⁹.

La razón que impide la procedencia de la acción de tutela frente al pliego de condiciones se encuentra, en que dada su naturaleza de acto administrativo de contenido general, existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa judicial para controvertir la validez de su contenido normativo, en concreto, las acciones contenciosas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho consagradas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Dispone, en lo pertinente, la norma en cita: "(...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación (...)"¹⁷⁰.

En este sentido, el Consejo de Estado no sólo ha admitido la procedencia de las citadas acciones contenciosas contra el pliego de condiciones, sino que igualmente ha reconocido su naturaleza de acto administrativo de contenido general y abstracto. Al respecto, en providencia del 6 de agosto de 1997, se señaló:

“Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad tolimense de ingenieros, parte actora, contra el auto de 17 de marzo del presente año, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima inadmitió la demanda formulada por esta sociedad, por cuanto consideró que el acto impugnado, (...), por el cual se ordenó la apertura de la licitación pública DTST #5 de 1995, es un acto, como el pliego de condiciones, de mero trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional por no contener decisión alguna de fondo, “ya que se limitan a exhortar a todas las personas que quieran participar en el evento previo a la adjudicación del contrato con el gobierno. (...)

Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse ese calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. // En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas. // Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la Ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten. (...)

En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concursos y de adopción de pliegos de condiciones. Así mismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de las asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos”171.

Luego de los cambios normativos realizados por la Ley 446 de 1998 al contenido original del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal y como se relató con anterioridad en esta providencia¹⁷², la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, Sección Tercera, ha sido exactamente la misma¹⁷³.

En este orden de ideas, es claro que en razón de su carácter de acto administrativo de contenido general, el pliego de condiciones no es susceptible de ser controvertido por vía de tutela (Decreto 2591 de 1991. art. 6. num. 5), sino a través de las acciones contenciosas de defensa judicial (C.C.A. art. 87).

De la no prosperidad de la acción de amparo constitucional cuando se dejan vencer los términos previstos en la ley, para el ejercicio de las acciones ordinarias

Conforme a lo anterior y siguiendo lo expuesto, se encuentra que frente al contenido del pliego de condiciones, INVERAPUESTAS S.A. tenía a su disposición las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para controvertir las irregularidades a las cuales hace referencia. Sin embargo, dejó caducar el término de 30 días previsto en la misma disposición a partir de su comunicación, notificación o publicación, para hacer efectivo su ejercicio, siendo improcedente que ahora a través de la acción de tutela se pretenda corregir la desidia, negligencia e impericia de dicha entidad en la presentación oportuna de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en sentencia T-108 de 2003175, la Corte expresó que: “La falta del ejercicio oportuno de los medios ordinarios que la ley ofrece para impugnar las decisiones judiciales, hacen improcedente la acción de tutela pues no puede alegarse el no ejercicio de los mismos para su beneficio”176.

En consecuencia, no es procedente la solicitud de amparo constitucional cuando el peticionario ha dejado vencer los términos judiciales para el ejercicio de las acciones o de los recursos ordinarios de los cuales disponía, para obtener la satisfacción de sus derechos.

De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de la acción contractual como medio de defensa judicial

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia a partir de lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, INVERAPUESTAS S.A. tiene a su disposición otro mecanismo de defensa que le permitiría plantear ante la Justicia Administrativa, el control judicial respecto de las irregularidades cometidas en el trámite del proceso de selección para la adjudicación del contrato de explotación de apuestas permanentes “Chance”.

Al respecto, la citada sociedad podría acudir a la acción contractual solicitando la nulidad absoluta del contrato estatal para la explotación del monopolio de apuestas permanentes “Chance” en el Departamento de Bolívar, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, en concreto, la resolución de adjudicación.

En efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina que la ilegalidad de los actos administrativos precontractuales, luego de celebrado el contrato estatal, solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, a través

del ejercicio de la acción contractual. Así expresamente la citada disposición señala: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”¹⁷⁷.

En este caso, como la Resolución No. 163 de 2003, mediante la cual se adjudicó el contrato estatal, se profirió el día 30 de septiembre de 2003, y el negocio jurídico se suscribió el 1º de octubre del mismo año¹⁷⁸; se concluye que aún existe la posibilidad de ejercer la acción contractual, pues no existió plazo alguno para que los terceros con interés solicitaran la nulidad de dicho acto precontractual. Teniendo en cuenta además que el artículo 136, numeral 10, literal e) del Código Contencioso Administrativo, fija como término de caducidad para su interposición oportuna, como mínimo, el plazo de dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento, y como máximo, el término de vigencia del contrato, “sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento” ¹⁷⁹. A este respecto, es preciso recordar que los contratos de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance”, por disposición legal, tienen una vigencia de cinco (5) años¹⁸⁰.

Habría que decir también que la misma acción contractual, puede ser ejercida por cualquier tercero que acredite un interés directo, como lo podría ser INVERAPUESTAS S.A., conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, previamente relacionada¹⁸¹, con el propósito de solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal, por cualquiera de las causales previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a saber:

“Los contratos del estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
3. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan.
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

En el presente caso, con posterioridad a la interposición de la acción de tutela, se informó a esta Corporación acerca de la presentación de una demanda por INVERAPUESTAS S.A. contra la Lotería de Bolívar, la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cartagena, el día 24 de octubre de 2005, dentro del término de caducidad previsto para el ejercicio de la acción contractual, con fundamento en la “ilegalidad de los actos previos” a la celebración del contrato¹⁸². En este orden de ideas, a juicio de la Corte, como existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo de defensa judicial, el cual se encuentra en trámite, se concluye que la acción de tutela propuesta no está llamada a prosperar, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable.

A continuación este Tribunal procederá a determinar si en el presente caso existe o no un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de amparo constitucional.

De la inexistencia de un perjuicio irremediable

En el caso sub-examine, no se acreditó por el demandante la existencia de un perjuicio irremediable, de acuerdo con los elementos jurisprudenciales que se han definido para su configuración, a saber: El perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable¹⁸³.

Además debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. Nótese como, en el asunto bajo examen, no se argumentan las razones para considerar configurados los elementos que estructuran el perjuicio irremediable, y además, no se solicita su protección por la afectación, daño o menoscabo que se produciría a los derechos fundamentales invocados, sino al mal que se le generaría a INVERAPUESTAS S.A. por la adjudicación del contrato, en su opinión, por fuera de las reglas de la transparencia, los cuales se traducirían en el desequilibrio económico para una sociedad que lleva más de 10 años en las actividades del “Chance” y en los empleos permanentes y transitorios que se perderían por parte de más de 500 personas que se benefician de la explotación de dicho juego.

Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003¹⁸⁴, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamenal invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al

reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes¹⁸⁵.

Esta posición jurisprudencial se complementa con otras sentencias de tutela, en las que se negó el amparo transitorio a pesar de invocarse por los accionantes la existencia de desequilibrios económicos o pérdidas materiales, por la falta de demostración de la ocurrencia de un mal grave e inminente sobre un derecho fundamental. Precisamente, a manera de ilustración, en sentencia T-569 de 1998¹⁸⁶, como ya se dijo, este Tribunal se pronunció acerca de una acción de tutela promovida por el club de fútbol Independiente Santa Fe, a quien se le declaró la caducidad de un contrato estatal suscrito con la Alcaldía de Bogotá para la administración, cuidado y explotación de una porción de terreno dentro del Parque Simón Bolívar. A pesar de la imposición de la inhabilidad para contratar por el término de cinco (5) años y de la exigibilidad de multas y garantías, la Corte consideró que existía otro mecanismo de defensa judicial para resolver la controversia planteada y que, además, no estaba acreditada la existencia de un perjuicio irremediable¹⁸⁷.

Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.

De la improcedencia de la acción de tutela para controvertir asuntos de mera legalidad

Para comenzar, obsérvese cómo, las irregularidades descritas en los numerales (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi) y (vii) previamente reseñadas¹⁸⁸, las cuales se invocan para tratar de demostrar la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el demandante, se limitan a plantear cargos de estricta legalidad que, en su mayoría, no implican la existencia de una relación ius fundamental susceptible de amparo constitucional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

A este respecto, es preciso recordar que la procedencia de esta acción, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, supone la afectación del contenido de un derecho fundamental a partir de su confrontación u oposición frente a las actuaciones de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la Constitución¹⁸⁹. No es procedente someter al conocimiento del juez de tutela, conflictos que en sus razones y antecedentes fácticos son propios exclusivamente de las relaciones contractuales de índole privada¹⁹⁰, o que implican una simple confrontación de legalidad en cuanto al acatamiento del principio de sujeción normativa¹⁹¹, pues, por regla general, el conocimiento de dichos asuntos le corresponde a los jueces ordinarios. Al respecto, el artículo 2° del Decreto 306 de 1992¹⁹², dispone que: “De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los derechos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior”.

En el asunto sub-examine, lejos de someterse al juez de tutela la revisión de un comportamiento lesivo de los derechos fundamentales del accionante, se pone a su conocimiento un conjunto de actuaciones contrarias al principio de legalidad en materia de contratación estatal. Así, por ejemplo, se afirma que se vulneran los artículos 25 de la Ley 80 de 1993 y 8° del Decreto 2170 de 2002, por haber abierto la licitación pública sin realizar los estudios previos exigidos en las normas reseñadas, o que se desconoce el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, por la fijación de un valor mínimo para participar en la licitación, por encima del 12% de los ingresos brutos reconocidos en la citada ley, o que se pone en

entredicho el artículo 4° del mencionado Decreto 2170, por establecer la posibilidad de calificar la experiencia de los socios y/o propietarios de las sociedades licitantes. En ningún momento, se argumenta por qué su desconocimiento constituye una afectación al derecho fundamental al debido proceso, pues tan sólo se pretende que el juez de tutela, efectúe un control de legalidad conforme a los requisitos que se deben garantizar, para preservar el orden sucesivo en las actuaciones que convergen en el proceso de selección objetiva.

En apoyo de lo anterior, algunos de los derechos invocados, como lo son la libertad económica y la confianza legítima, no tienen la connotación de derechos fundamentales, pues corresponden a manifestaciones de derechos sociales y económicos, frente a los cuales no se argumentó por qué razón o motivo pueden considerarse como fundamentales por conexidad, dadas las circunstancias específicas del caso.

Partiendo de estas consideraciones, se concluye que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar, ni siquiera de forma transitoria, pues el debate que se plantea ante el juez constitucional, escapa al ámbito de protección de los derechos fundamentales, para concretarse en un juicio de legalidad, frente al cual el competente es el juez del contrato, y no el de los derechos. En este contexto, de manera categórica, en sentencia SU-219 de 2003193, la Corte manifestó que: “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”.

De la idoneidad y eficacia del medio alternativo de defensa judicial. (De la posibilidad de solicitar la suspensión provisional como medida cautelar para precaver el riesgo de amenaza sobre los derechos invocados)

Ahora bien, como lo ha sostenido esta Corporación, la existencia de los otros medios de

defensa judicial no deslegitiman la procedencia de la acción de tutela, a menos que ellos resulten idóneos y eficaces para la protección de los derechos presuntamente vulnerados. Así, en sus propias palabras, este Tribunal ha dicho: “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 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 podrá 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”¹⁹⁴.

Dicha idoneidad y suficiencia de acuerdo con la Corte se debe analizar en cada caso en concreto, tal y como lo ordena el numeral 1°, del artículo 6°, del Decreto 2591 de 1991¹⁹⁵. Para la cual, es indispensable, que los otros medios de defensa judicial, “proporcionen el mismo grado de protección que se obtendría mediante el empleo la acción de tutela, es decir, que sean tan sencillos, rápidos y efectivos (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales lesionados o amenazados”¹⁹⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta por esta Corporación en materia de tutela, es innegable que frente a los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, como lo es, el acto que contiene el pliego de condiciones, se prevén en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa judicial, los cuales, salvo que se demuestre la existencia perjuicio irremediable de naturaleza ius fundamental, resultan idóneos y suficientes para otorgar un amparo integral a los derechos que resultan amenazados o vulnerados en el curso de un proceso licitatorio, especialmente, en consideración a la posibilidad que se tiene de solicitar la suspensión provisional de dichos actos, en aras de impedir la continuación de sus efectos jurídicos¹⁹⁷.

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales, como previamente se señaló, se encuentra en que la

propia Constitución Política en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en desarrollo del procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, a través de la licitación o concurso públicos¹⁹⁸. En esta medida, el citado precepto Superior, dispone que: “la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Ahora bien, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no se impone a los demandantes la obligación de acreditar frente a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales que permitan suspender provisionalmente sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como tampoco cuando se acude a la acción contractual para solicitar la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la “ilegalidad de los actos previos” (C.C.A. art. 87).

En este orden de ideas, la regulación general del citado precepto legal, para todos los casos en que se pretenda suspender los efectos de un acto administrativo, es la siguiente: “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2º. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de las mismas, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandando causa o podría causar al actor”.

En atención a su naturaleza de medida cautelar, la suspensión provisional constituye una

herramienta judicial cuyo objeto consiste en preservar inalterado e invariable el objeto materia de litigio, durante el adelantamiento de las distintas etapas del proceso judicial y hasta la producción del acto definitivo que le ponga fin, en aras de evitar la consumación o prolongación de los daños sobre los derechos que se encuentran amenazados o han sido previamente vulnerados. Como medida cautelar la suspensión se encuentra sujeta, por una parte, a la prueba del periculum in mora, es decir, a la exigencia de acreditar que la adopción de la medida cautelar se convierte en urgente y necesaria para proteger el derecho y, por la otra, a la demostración del fumus boni juris o apariencia inicial de la existencia probable de razón y validez en los argumentos esgrimidos para la reclamación del derecho¹⁹⁹. En relación con el propósito de las medidas cautelares, este Tribunal ha señalado:

“Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin (...)”²⁰⁰.

Por consiguiente, como previamente se expuso, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio, por ejemplo, paralizando los efectos de un pliego de condiciones manifiestamente lesivo del derecho a la igualdad o impidiendo la celebración del contrato estatal por la suspensión del acto de adjudicación; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo prevalente de defensa judicial sobre las acciones contenciosas y la acción contractual, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera

subsidiaria (C.P. art. 86), como expresamente se señaló por este Tribunal en la citada sentencia SU- 219 de 2003201.

En el asunto bajo examen, tan pronto se abrió la Licitación Pública No. 01 de 2003 por la Lotería de Bolívar, se pudo solicitar -en ese momento- la nulidad del acto que contiene el pliego de condiciones y la suspensión provisional de sus efectos, como se deduce de lo establecido en los artículos 87 y 152 del Código Contencioso Administrativo. De acuerdo con lo previsto en el citado estatuto legal, recibida la demanda con la solicitud de suspensión provisional, el Magistrado Sustanciador tiene el término de 10 días para pronunciarse acerca de su admisibilidad, resolviendo -precisamente- en el auto admisorio acerca de la procedencia o no de la medida cautelar solicitada²⁰². Precisamente, en estos términos, el artículo 207 del C.C.A, consagra que: “Recibida la demanda y efectuado el reparto, si aquélla reúne los requisitos legales, el ponente debe admitirla y además disponer lo siguiente: (...) Cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la sala, sección o subsección y contra este sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación”.

De suerte que, entre el momento en que se puso en conocimiento el pliego de condiciones, esto es, el día 4 de agosto de 2003²⁰³ y el 30 de septiembre del mismo año²⁰⁴, como fecha finalmente prevista para la adjudicación del contrato, transcurrieron más de cincuenta (50) días, en los que se pudo acudir ante la justicia administrativa en ejercicio de las acciones contenciosas y suspender los efectos del acto supuestamente irregular. En este caso, la suspensión provisional hubiese permitido no sólo interrumpir el proceso de licitación, sino también la celebración y ejecución del contrato, lo cual, se hubiere podido obtener por el actor durante el período de tiempo transcurrido entre la publicación del pliego de condiciones y la adjudicación de la licitación.

En este punto, es trascendental señalar que la acción de tutela se interpuso el día 6 de

agosto de 2003, transcurridos tan sólo dos (2) días desde la apertura de la licitación pública²⁰⁵. Lo que demuestra que la empresa accionante, en lugar de agotar las instancias procesales idóneas y efectivas para controvertir las irregularidades alegadas, pudiendo solicitar la suspensión provisional del acto que se estima lesivo de sus derechos constitucionalidad, acudió desde un principio a la acción de tutela, buscando indebidamente un amparo definitivo a sus intereses. Como quedó expuesto, es evidente que INVERAPUESTAS S.A. tuvo desde el momento en que se abrió la licitación más de cincuenta (50) días para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso, la cual, dentro del término perentorio de diez (10) hubiese resuelto la procedencia de la suspensión. No se entiende cómo, a pesar del prolongado espacio de tiempo para ejercer las acciones debidas, se pretende desconocer su idoneidad ante los jueces de tutela, sin siquiera demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable frente a las garantías fundamentales invocadas.

Así las cosas, en este caso, no existe la menor duda acerca de la idoneidad y eficiencia de la suspensión provisional, como medida cautelar para suspender los efectos del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos subjetivos invocados por el accionante, por lo que aunado al hecho de la falta de demostración de un perjuicio irremediable, permite concluir que la acción de amparo constitucional propuesta no está llamada a prosperar. En apoyo de lo anterior, es preciso señalar que el mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, en diversas ocasiones, ha decretado la suspensión provisional del acto administrativo que contiene el pliego de condiciones en desarrollo de procesos licitatorios²⁰⁶.

Finalmente, aun en tratándose del ejercicio de la acción contractual, con fundamento en la ilegalidad de los actos administrativos precontractuales, es viable solicitar la suspensión provisional de dichos actos, cuyo efecto lógicamente consistirá en la imposibilidad de ejecutar el contrato estatal²⁰⁷.

Por todas las consideraciones expuestas, es claro que la acción de tutela propuesta no está

llamada a prosperar, pues el actor no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, y además, en razón de la amplitud del término previsto para el desarrollo de la licitación, se pudo obtener la suspensión provisional del acto administrativo, como medio de defensa judicial idóneo y suficiente para precaver la amenaza de afectación de los derechos presuntamente vulnerados.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Finalmente, INVERAPUESTAS S.A. puede acudir igualmente a la acción popular, la cual dada su naturaleza intemporal, puede ser ejercida en cualquier momento exclusivamente para la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y a la libre competencia económica²⁰⁸.

En el asunto sub-judice, al estimar INVERAPUESTAS S.A., que existe una vulneración a la libertad económica, por la reducción caprichosa del número de zonas para la explotación del juego de apuestas permanentes o “Chance”, puede impetrar ante las autoridades judiciales competentes la presente acción, con el fin de establecer si efectivamente dicha restricción desconoce o no la libre competencia como manifestación de la libertad económica y de la libre iniciativa privada. De igual manera, y de estimarlo procedente la sociedad accionante, podría invocarse la violación de la moralidad administrativa, con fundamento en las exigencias reconocidas por la Justicia Administrativa.

Dentro del trámite de la acción popular, según se vio, el juez constitucional puede decretar la nulidad absoluta o suspender los efectos del contrato estatal de concesión, en aras de proteger los derechos colectivos que se encuentren amenazados o vulnerados por las autoridades administrativas²⁰⁹.

Así, en sentencia T-021 de 2005210, al resolver un conflicto jurídico similar al expuesto en esta ocasión, la Corte manifestó: “la acción de tutela no procede para la protección de los derechos a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia invocados por la tutelante, por cuanto éstos no constituyen derechos fundamentales, como se desprende de su ubicación dentro de la Carta, entre otras razones. En efecto, la Corte ha sostenido que las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser ampliamente limitadas por el legislador en aras del interés general, tal como lo establece el artículo 333 de la Carta”.²¹¹

Por último, en relación con la prosperidad de esta acción constitucional, no se demostró -en el asunto sub-examine- que la acción de tutela se interpusiera como mecanismo de defensa judicial en razón de la conexidad de los derechos invocados con algunos derechos de naturaleza ius fundamental, ni tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable frente a los mismos. Esto significa que tampoco en este evento está llamada a prosperar la acción de amparo constitucional interpuesta por el accionante.

32. En consecuencia, en el presente caso, la Sala Plena de esta Corporación revocará el fallo de segunda instancia que concedió la protección constitucional invocada por el actor, así como la providencia a través de la cual se aclaró la citada decisión, por las razones expuestas en esta providencia.

Ahora bien, ello no significa, como se expuso en el fundamento No. 28 de esta sentencia, que por el efecto de la revocatoria se avalen las supuestas irregularidades que eventualmente se hubieran podido cometer en el trámite de la Licitación Pública No. 01 de 2003 de la Lotería de Bolívar, pues en relación con su valoración, son competentes las autoridades administrativas y judiciales del caso.

De las consecuencias de la revocatoria del fallo de instancia

33. De acuerdo a lo previsto en el acápite 2.8 de esta providencia, correspondiente a las principales actuaciones surtidas con posterioridad al fallo de tutela proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la Corte constató que tanto el contrato de concesión adjudicado por la Lotería de Bolívar para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en desarrollo del proceso licitatorio No. 01 de 2003 y las prórrogas de los contratos otorgadas por el citado Tribunal a las empresas Apuestas Permanentes El Perro Ltda., Apuestas Permanentes de Bolívar E.U., Enilse López Romero Apuestas El Gato E.U. y Alcira Quintero Castillo E.U., no están vigentes, toda vez que la mencionada entidad estatal mediante Resolución No. 110 del 20 de junio de 2005, ordenó no sólo la terminación de los citados contratos de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes, sino también la apertura de una nueva licitación para la concesión de dicho juego.

Así aparece consignado expresamente en el escrito de intervención de la Procuraduría General de la Nación²¹² y en el auto que negó el desistimiento al trámite de cumplimiento del fallo de tutela adelantado por INVER-APUESTAS S.A. ante el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena²¹³.

34. La citada Resolución No. 110 de 2005 constituye un típico acto administrativo a través del cual se manifiesta la decisión de la entidad estatal contratante de iniciar un nuevo procedimiento licitatorio, dirigido a seleccionar a la persona que haya formulado la oferta más favorable a los intereses públicos del Estado.

Dicho acto administrativo se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia con el nombre de acto de apertura de la licitación²¹⁴, en el cual se plasma la declaración unilateral de voluntad de un ente público dirigida a producir efectos jurídicos. Entre ellos, se destacan, por un parte, la obligación que asume la entidad estatal contratante de observar un trámite

licitatorio (*invitatio ad offerendum*) y de seleccionar a la persona que realice la mejor propuesta en los términos previstos en la ley y en el pliego de condiciones; y por la otra, se prevé a favor de los oferentes el interés legítimo y subjetivo de participar en el citado proceso de selección, con el propósito no sólo de presentar sus propuestas y obtener su evaluación, sino también de lograr la adjudicación del contrato, en caso de constituir la mejor oferta.

Como características del citado acto de apertura de la licitación, se consagran en el ordenamiento jurídico las siguientes:

i. La entidad estatal asume el compromiso de impulsar de oficio el procedimiento administrativo de licitación pública hasta su terminación, realizando todos los actos encaminados a lograr la selección objetiva y definitiva del contratista²¹⁵.

i. Tan pronto se realiza el llamado a ofertar surge para la Administración la obligación de adjudicar el contrato a la persona que haya presentado la oferta más favorable y se ajuste a los pliegos de condiciones. Es lo que se denomina en la doctrina con el nombre de “adjudicación compulsoria de la licitación”²¹⁶, la cual impide, por regla general, la declaratoria de desierta de la licitación pública²¹⁷.

i. La Administración no puede revocar unilateralmente la *invitatio ad offerendum*, pues constituye un acto administrativo que crea una situación jurídica subjetiva a favor de los oferentes, como se deduce de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993²¹⁸. Como consecuencia de este reconocimiento, se les otorga a los interesados el derecho de participar en el procedimiento de selección del contratista, a fin de lograr la adjudicación del contrato en caso de formular la mejor propuesta. En términos de la doctrina, la imposibilidad de revocar la resolución de apertura se origina en el principio de intangibilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, los cuales sólo pueden ser revocados con el

consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, tal como lo dispone categóricamente el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo²¹⁹.

Por todo lo anterior, para esta Corporación es indiscutible que a partir de la Resolución No. 110 del 20 de junio de 2005, se abrió por la Lotería de Bolívar una nueva licitación pública dirigida a celebrar un nuevo contrato estatal para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en el citado Departamento, la cual debe impulsarse de oficio por la Administración Pública hasta lograr su culminación definitiva a través de la adjudicación.

Se trata de un procedimiento administrativo autónomo, el cual no tiene ninguna relación con la Licitación Pública No. 01 de 2003. En efecto, no obstante esta licitación fue abierta por la Lotería de Bolívar en cumplimiento de una sentencia de amparo constitucional, como lo fue la proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cartagena, no es menos cierto que dicha entidad estatal actuó en ejercicio de una competencia atribuida por el legislador cuya finalidad es permitir la celebración de contratos estatales encaminados a la satisfacción de necesidades de interés general, como lo es, en este caso, la obtención de rentas monopolísticas para la atención del servicio de salud en el Departamento de Bolívar²²⁰. Así el artículo 22 de la Ley 643 de 2001 dispone: “Corresponde a los departamentos y al distrito capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley. // Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años”. En armonía con la citada disposición, el artículo 7° de la misma ley, señala: “la operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993 (...)”. Dicha explotación, en términos del artículo 3° del mismo estatuto legal, se realizará de acuerdo con el principio de “finalidad social prevalente”, de acuerdo con el cual: “todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones

prestacionales y pensionales”.

Así las cosas, a pesar de la revocatoria de la decisión de tutela que dio origen a la citada actuación administrativa, la licitación pública abierta mediante la referida resolución no es susceptible de revocación, ni de pérdida de fuerza ejecutoria, en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo, pues el llamado a ofertar le otorga a los interesados el derecho subjetivo particular y concreto de participar en el procedimiento de selección del contratista y a la Administración Pública le impone la obligación de adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor propuesta y se ajuste íntegramente a los pliegos de condiciones.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, la Resolución No. 110 de 2005 originó una nueva licitación y un proceso contractual autónomo, que en nada se afectan ni por las actuaciones anteriores de la Administración Departamental en torno de la explotación del juego de apuestas permanentes, ni por las decisiones proferidas por los jueces de tutela, en relación con licitaciones y procesos contractuales previos y diferentes. Por lo que, en criterio de esta Corporación, resta por preguntarse: ¿Qué tipo de efectos jurídicos se originan en el proceso de tutela, cuando se profiere un acto administrativo con la entidad suficiente para hacer desaparecer las consecuencias nocivas del comportamiento que se estima contrario a los derechos fundamentales invocados por el demandante?

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

35. El artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, consagra que si, estando en curso la acción de tutela, se dictare una resolución administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará la terminación del proceso por carencia actual de objeto, a menos que sea necesario declarar fundada la solicitud “únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”²²¹.

Así, a manera de ejemplo, la Corte decretó la carencia de objeto en sentencia T-741 de 2002222, en razón al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales adeudadas al accionante por el Seguro Social; y en la providencia radicada con el número T-360 de 2003223, en la que dicha decisión se fundamentó en la resolución proferida por Cajanal, a través de la cual se acreditó la satisfacción de la pretensión incoada por el demandante, consistente en ser incluido en la nómina de pensionados de dicha empresa de seguridad social.

De acuerdo con lo expuesto, para esta Corporación es claro que cuando se profiere un acto administrativo con la entidad suficiente para hacer desaparecer las consecuencias nocivas del comportamiento que se estima contrario a los derechos fundamentales invocados, se presenta en el procedimiento de la acción de tutela el fenómeno de la carencia actual de objeto que, por regla general, conduce a la terminación del proceso.

Por ello, en el caso bajo examen, al ser proferida la Resolución No. 110 de 2005, en la que se ordenó adelantar de nuevo un proceso licitatorio autónomo para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en el Departamento de Bolívar, se está en presencia de una nueva actuación administrativa que hace desaparecer los supuestos efectos nocivos e ilegales del anterior proceso de licitación²²⁴, en el que se fundamentó la presente acción de tutela instaurada por la firma INVERAPUESTAS S.A.

36. La declaratoria de la carencia actual de objeto en el presente proceso de tutela, se funda exclusivamente en la constatación por parte de la Corte Constitucional de la decisión de la Lotería de Bolívar de dar por terminado el contrato de concesión adjudicado mediante la Licitación Pública No. 01 de 2003 y de convocar una nueva licitación para la explotación del juego de apuestas permanentes “Chance” en el citado Departamento, sin que le corresponda a esta Corporación realizar ningún pronunciamiento en torno a la validez o legalidad de este

nuevo procedimiento licitatorio, puesto que se trata de una cuestión propia de la Jurisdicción Administrativa, totalmente ajena a los problemas jurídicos examinados por este Tribunal en esta sentencia.

37. En virtud de lo anterior, en la parte resolutive de esta decisión, la Corte decretará la carencia de objeto y además revocará las providencias proferidas por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, pues como previamente se demostró, al momento de instaurar la acción de tutela, el actor disponía de mecanismos judiciales de defensa judicial idóneos para controvertir el pliego de condiciones y la validez del proceso licitatorio, controversia de naturaleza esencialmente legal en la que no debe intervenir el juez constitucional. En este orden de ideas, a juicio de esta Corporación, se ratifica el carácter subsidiario de la acción de tutela y se salvaguarda su improcedencia cuando existen otros medios de defensa eficaces para proteger los derechos invocados.

Finalmente, llama la atención de la Corte, que entre las órdenes proferidas por el citado Tribunal de Cartagena, al estimar que procedía la acción de tutela, se encuentra la prórroga de los contratos suscritos entre la Lotería de Bolívar y los operadores del Chance, esto es, las empresas Apuestas Permanentes El Perro Ltda., Apuestas Permanentes de Bolívar E.U., Enilse López Romero Apuestas El Gato E.U. y Alcira Quintero Castillo E.U. Al respecto, es preciso señalar que los artículos 22 y 60 de la Ley 643 de 2001, prohíben dicha prórroga al requerir que cada cinco (5) años las entidades estatales correspondientes, adelanten un nuevo proceso de licitación para la adjudicación del contrato de explotación del citado juego de apuestas permanentes, conforme a los principios de igualdad y libertad de concurrencia que rigen la contratación administrativa del Estado; razón por la cual, se concluye sin mayor esfuerzo que las citadas prórrogas se celebraron en contravención de normas imperativas de orden público.

38. 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. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo. DECLARAR la carencia actual de objeto en el presente proceso.

Tercero. REVOCAR la sentencia del 28 de octubre de 2003 y la providencia del 31 del mismo mes y año, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia.

Cuarto. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Presidente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA-Procedencia para resolver controversias contractuales por cuanto no existía mecanismo alternativo de defensa (Salvamento de voto)

Manifiesto mi desacuerdo con la línea de construcción de esta sentencia en cuanto considera improcedente la tutela, no obstante que el juez de segunda instancia no sólo la consideró procedente sino que la concedió por múltiples violaciones al debido proceso. En mi concepto, esta acción de tutela procedía, esencialmente, porque no existía el mecanismo judicial alternativo de defensa que se aduce, toda vez que el contrato se hizo el 30 de septiembre de 2003, la tutela se falló en primera instancia el 24 de septiembre del 2003 y en segunda instancia el 28 de octubre del 2003. Si se adjudicaba el contrato que era un hecho futuro, se tenían dos años para instaurar la correspondiente acción contractual, de manera que ni respecto del acto previo ni del posterior se habían vencido los plazos para instaurar la acción contenciosa.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no permitían suspender el proceso licitatorio (Salvamento de voto)

El Tribunal justificó la tutela definitiva, ante la violación flagrante al debido proceso y dado que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no permitían suspender el proceso licitatorio, y por cuanto no era claro que el tercero con interés directo en el proceso de licitación pudiera accionar, de forma que al analizar en concreto el medio ordinario encontró que no era idóneo. Por esa razón el actor no acudió a la acción contenciosa. Por estas razones también, el juez de tutela la concedió no como transitoria sino de manera definitiva.

PROCESO LICITATORIO-Se hizo con vulneración al debido proceso (Salvamento de voto)

La circunstancia que se licite y adjudique un nuevo contrato tiene que ser la consecuencia de la concesión de la tutela y la declaración de ilegalidad de la licitación y adjudicación inicial por cuanto se hizo con vulneración de derechos fundamentales. Lo anterior implica a mi juicio, que aún cuando haya hecho superado, en la presente tutela debe declararse que sí existió vulneración de derechos en el proceso de licitación viciado. Así mismo, en mi concepto, no se puede echar para atrás una sentencia que corrigió la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Por consiguiente, insisto en que con la decisión de esta sentencia se avala una licitación irregular con graves consecuencias jurídicas.

PROCESO DE CONTRATACION-Irregularidades terminaron avalándose al no prosperar la tutela (Salvamento de voto)

De otra parte, en mi concepto, resulta contradictorio aceptar que hubo irregularidades en el

proceso de contratación de que trata este proceso y sin embargo abstenerse de pronunciarse al respecto. A mi juicio, decir que no se validan las irregularidades es un saludo a la bandera, pues el efecto jurídico de la improcedencia de la tutela en este caso es que se termina avalando una licitación irregular. A mi juicio, es innegable que existieron una serie de irregularidades en el proceso de contratación que constituyen violación al debido proceso por desconocimiento de las disposiciones consagradas en artículo 84 CP, la Ley 80 de 1993, la Ley 643 de 2001 y el Decreto 2170 de 2002. Así mismo, no se dio cumplimiento a las órdenes dadas en la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, pues entre los años 2003 y 2005 no se había ordenado la apertura de una nueva licitación, además de que abrirla no necesariamente implica el haberla celebrado.

PROCESO DE CONTRATACION-Corte Constitucional sí ha aceptado que proceda la tutela como mecanismo subsidiario/ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PRECONTRACTUALES (Salvamento de voto)

Respecto de las consideraciones que se hacen en la parte motiva de esta sentencia en relación con la jurisprudencia constitucional, considero que no es cierto que la Corte no haya aceptado que proceda la tutela en procesos de contratación, pues este es un mecanismo subsidiario cuando se afectan derechos fundamentales, de forma que se ha concedido en varios casos en salas de revisión y aún de unificación, como el que se cita en la sentencia (caso COMSA).

CONTRATACION EN CASOS DE CONCESION DE EXPLOTACION DE MONOPOLIOS/LEY 643 DE 2001-Regulación de la operación del juego de apuestas permanentes o Chance (Salvamento de voto)

Considero necesario poner de presente que la contratación en los casos de concesión de la explotación de monopolios no puede remitirse totalmente a la Ley 80 de 1993, pues hay un

régimen propio de esa contratación previsto en la Ley 643 de 2001. Es de advertir que la regla general es que los juegos de apuestas permanentes son de explotación directa de las entidades territoriales sin que requieran de licitación y sólo por excepción se entrega esa explotación temporal a terceros. La Ley 643 de 2001 constituye una ley especial y prevalece en el campo específico de regulación sobre las demás leyes (art. 60). En este sentido, como lo he sostenido, la explotación de estos juegos de apuestas permanentes puede hacerla directamente la Lotería de Bolívar, mientras se adelanta un nuevo proceso contractual. En este caso, la Corte no declaró que el proceso licitatorio fuera irregular, sino que avaló el que se hiciera una nueva licitación, que por lo demás se la ganó la misma proponente, sin haber previamente declarado la ilegalidad del anterior proceso licitatorio. Por consiguiente, insisto en que era necesario declarar la ilegalidad de la licitación y al no hacerlo se ha avalado la vulneración de derechos fundamentales y se ha dejado la puerta abierta para que se pueda solicitar una indemnización al Estado.

Referencia: expediente T-851356

Acción de tutela instaurada por Inverapuestas S.A. contra la Lotería de Bolívar

Magistrado Ponente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito salvar mi voto frente a la presente sentencia de unificación, con fundamento en las siguientes razones y consideraciones:

1. Procedencia de la tutela: En primer lugar, manifiesto mi desacuerdo con la línea de construcción de esta sentencia en cuanto considera improcedente la tutela, no obstante que el juez de segunda instancia no sólo la consideró procedente sino que la concedió por múltiples violaciones al debido proceso.

En mi concepto, esta acción de tutela procedía, esencialmente, porque no existía el mecanismo judicial alternativo de defensa que se aduce, toda vez que el contrato se hizo el 30 de septiembre de 2003, la tutela se falló en primera instancia el 24 de septiembre del 2003 y en segunda instancia el 28 de octubre del 2003. Si se adjudicaba el contrato que era un hecho futuro, se tenían dos años para instaurar la correspondiente acción contractual, de manera que ni respecto del acto previo ni del posterior se habían vencido los plazos para instaurar la acción contenciosa.

De otro lado, el Tribunal justificó la tutela definitiva, ante la violación flagrante al debido proceso y dado que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no permitían suspender el proceso licitatorio, y por cuanto no era claro que el tercero con interés directo en el proceso de licitación pudiera accionar, de forma que al analizar en concreto el medio ordinario encontró que no era idóneo. Por esa razón el actor no acudió a la acción contenciosa. Por estas razones también, el juez de tutela la concedió no como transitoria sino de manera definitiva.

Además, de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, son las partes en el contrato las que pueden ejercer las acciones pertinentes, que para el momento de presentarse la acción aún no se había adjudicado. Así mismo, el propio artículo 87 del Código Contencioso Administrativo dispone que la demanda de los actos previos no impide la adjudicación del contrato. Por todo ello, no existía la carga de acudir previamente a la jurisdicción contencioso administrativa, ni la decisión de tutela definitiva, constituía óbice para acudir a otras acciones.

En mi criterio, la circunstancia que se licite y adjudique un nuevo contrato tiene que ser la consecuencia de la concesión de la tutela y la declaración de ilegalidad de la licitación y adjudicación inicial por cuanto se hizo con vulneración de derechos fundamentales. Lo anterior implica a mi juicio, que aún cuando haya hecho superado, en la presente tutela debe declararse que sí existió vulneración de derechos en el proceso de licitación viciado.

Así mismo, en mi concepto, no se puede echar para atrás una sentencia que corrigió la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Por consiguiente, insisto en que con la decisión de esta sentencia se avala una licitación irregular con graves consecuencias jurídicas.

2. Irregularidades en el proceso de contratación: De otra parte, en mi concepto, resulta contradictorio aceptar que hubo irregularidades en el proceso de contratación de que trata este proceso y sin embargo abstenerse de pronunciarse al respecto. A mi juicio, decir que no se validan las irregularidades es un saludo a la bandera, pues el efecto jurídico de la improcedencia de la tutela en este caso es que se termina avalando una licitación irregular.

A mi juicio, es innegable que existieron una serie de irregularidades en el proceso de contratación que constituyen violación al debido proceso por desconocimiento de las disposiciones consagradas en artículo 84 CP, la Ley 80 de 1993, la Ley 643 de 2001 y el Decreto 2170 de 2002.

Así mismo, no se dio cumplimiento a las órdenes dadas en la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, pues entre los años 2003 y 2005 no se había ordenado la apertura de una nueva licitación, además de que abrirla no necesariamente implica el haberla celebrado.

De otro lado, no se conoce el resultado de la investigación de la Fiscalía acerca de la violación de la reserva del proyecto de fallo. Así mismo, existen hechos acaecidos durante este proceso de tutela que no se pueden ignorar, como las amenazas al juez de tutela, y la suspensión y después destitución de los gerentes de la Lotería de Bolívar, que hacen pensar que lo que se busca es la celebración de una contratación por encima de las normas constitucionales y legales, así como a costa de los funcionarios públicos, lo cual demuestra el poder que tienen las partes en esta tutela.

Por consiguiente, en mi concepto en este proceso se dieron todas las irregularidades del mundo y la sentencia de tutela ha debido declarar dichas irregularidades y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ordenando la celebración de un nuevo proceso licitatorio. En este sentido, insisto en que no se ha debido dejar sin declarar la ilegalidad de la licitación, por cuanto entre otras razones, se deja abierta la puerta para que se solicite una indemnización al Estado. Así mismo, considero que tanto el juez de tutela como este Tribunal debieron ordenar, luego de declarada la ilegalidad de la licitación, que el objeto de la misma, esto es, los juegos de apuestas, los manejara el departamento de Bolívar, hasta tanto no se adjudicara un nuevo contrato de manera lícita.

Por consiguiente, me permito dejar constancia en este Salvamento de Voto que el suscrito magistrado advirtió en Sala Plena que la no declaración de ilegalidad de la licitación deja la puerta abierta para que se dé lugar a una indemnización. Por ello, había que declarar la ilegalidad de la licitación y no por un hecho sobreviniente hacer una nueva licitación, dejando la otra licitación sin declararla ilegal y desierta.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

A mi juicio por tanto, hay que declarar que la licitación fue irregular e ilegal y, con base en esta declaración, ordenar que se abra una nueva licitación para que se la gane el mejor proponente, y en el entretanto ordenar que manejara las apuestas el departamento, todo ello

con el fin adicional de no dejar abierta la posibilidad de que se pida una indemnización al Estado con fundamento en un proceso licitatorio que no fue declarado ilegal.

3. Jurisprudencia constitucional: Respecto de las consideraciones que se hacen en la parte motiva de esta sentencia en relación con la jurisprudencia constitucional, considero que no es cierto que la Corte no haya aceptado que proceda la tutela en procesos de contratación, pues este es un mecanismo subsidiario cuando se afectan derechos fundamentales, de forma que se ha concedido en varios casos en salas de revisión y aún de unificación, como el que se cita en la sentencia (caso COMSA).

Así mismo, creo conveniente realizar algunas precisiones en relación con el caso INCO (Sentencia T-337/05) y el caso de los recicladores en Bogotá (Sentencia T-724/03). Respecto del primero, creo necesario aclarar que no es que se haya aceptado sin más la improcedencia de la tutela, sino que esta no procedía porque no se daban los elementos de vulneración del debido proceso. Así en esta sentencia se sostiene expresamente que la tutela procede en aquellos casos en que los medios ordinarios no resulten idóneos o cuando siéndolos se trate de evitar un perjuicio irremediable, como también se señala en la sentencia T-154/98.

En mi concepto, tampoco ha afirmado la Corte que la tutela sólo procede a partir de la adjudicación del contrato. La jurisprudencia ha señalado que esto se debe resolver caso por caso y que lo esencial para establecer la procedencia o improcedencia del amparo constitucional es la vulneración o no de los derechos fundamentales.

En cuanto a la sentencia T-724/03 -caso seleccionado por insistencia del Magistrado Cepeda Espinosa- se había pensado en la medida provisional de protección del grupo de recicladores, pero ya se había adjudicado el contrato. No obstante, se dictó una medida para todos aquellos casos en que se encontrara involucrada la protección a grupos marginados,

ordenándole al Concejo de Bogotá incluir acciones afirmativas a favor de estos grupos porque la Ley 80 de 1993 no contiene ningún desarrollo a este respecto, de forma que existiera igualdad real y cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Por tanto, no es cierto que la jurisprudencia de esta Corte haya sostenido que la tutela no procede en casos de procesos de contratación por cuanto se debe evaluar su procedencia en cada caso, máxime cuando se han vulnerado derechos fundamentales, como en el presente caso.

4. Contratación en casos de concesión de explotación de monopolios: De otra parte, considero necesario poner de presente que la contratación en los casos de concesión de la explotación de monopolios no puede remitirse totalmente a la Ley 80 de 1993, pues hay un régimen propio de esa contratación previsto en la Ley 643 de 2001. Es de advertir que la regla general es que los juegos de apuestas permanentes son de explotación directa de las entidades territoriales sin que requieran de licitación y sólo por excepción se entrega esa explotación temporal a terceros. La Ley 643 de 2001 constituye una ley especial y prevalece en el campo específico de regulación sobre las demás leyes (art. 60).

En este sentido, como lo he sostenido, la explotación de estos juegos de apuestas permanentes puede hacerla directamente la Lotería de Bolívar, mientras se adelanta un nuevo proceso contractual. En este caso, la Corte no declaró que el proceso licitatorio fuera irregular, sino que avaló el que se hiciera una nueva licitación, que por lo demás se la ganó la misma proponente, sin haber previamente declarado la ilegalidad del anterior proceso licitatorio. Por consiguiente, insisto en que era necesario declarar la ilegalidad de la licitación y al no hacerlo se ha avalado la vulneración de derechos fundamentales y se ha dejado la puerta abierta para que se pueda solicitar una indemnización al Estado.

5. Conclusiones: En primer lugar, considero que la presente tutela sí procede y que para

determinar su procedencia resultaba esencial mirar el momento en que se instauró la acción de tutela y si para ese entonces eran viables e idóneas las acciones ordinarias para invalidar una licitación con múltiples irregularidades.

En segundo lugar, reitero que no pueden ignorarse todas las irregularidades violatorias del debido proceso, así como los graves hechos que han ocurrido en torno de esta tutela. Por lo cual, a mi juicio, la solución no es la improcedencia, sino conceder la tutela para que se efectúe una nueva licitación de manera correcta, ajustada a la Constitución y a la ley, y mientras tanto, determinar que la explotación del juego del Chance la debe hacer directamente la Lotería de Bolívar.

En mi criterio, los hechos torcidos no pueden producir efectos en el mundo jurídico y sin embargo la improcedencia de la tutela conduce a ese resultado. Por tanto, en mi concepto esta sentencia es contradictoria, pues se revoca un fallo que reconocía las múltiples violaciones del debido proceso y se termina finalmente dándole el derecho a una persona que obtuvo la licitación violando los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

En tercer lugar, reitero que no es cierto que la jurisprudencia no haya aceptado la procedencia de la tutela en relación con los actos administrativos contractuales y, en cuarto lugar, que existe una legislación especial para la explotación de concesiones de monopolios.

Por todas las razones expuestas, en mi concepto en el presente caso no sólo es procedente la acción de tutela impetrada, sino que esta Corte ha debido declarar que el proceso licitatorio objeto de tutela por Inverapuestas S.A. respecto del contrato de concesión adjudicado por la Lotería de Bolívar para la explotación del juego de apuestas permanentes "Chance", fue totalmente irregular, ya que se violó el derecho fundamental al debido

proceso, la Ley 80 de 1993, la normatividad del Decreto 2170 de 2002, así como los artículos 23 de la Ley 643 de 2001 y el artículo 84 de la Constitución Política. Por tanto, en mi concepto, esta sentencia ha debido declarar la ilegalidad de la licitación y ordenar una nueva licitación ajustada a la Constitución Política y a la ley.

Por lo anterior, discrepo categóricamente de la presente decisión.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Sobre dicha figura jurídica, el párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que: "(...) Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo [se refiere a las concesiones para la explotación de una obra pública], el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal".

3 Dispone, al respecto, la citada norma: “Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley. // Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública y por un plazo de cinco (5) años (...)”.

4 Dispone la norma cita : “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

5 Dispone la norma cita : “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar y que se hagan

otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

6 Se cita, al respecto, el siguiente fragmento de la sentencia SU-133 de 1998: “cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias”. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

7 En sus propias palabras manifestó: “En el caso bajo examen, si la acción ante lo

contencioso administrativo para los actos preparatorios, no suspende el trámite de la licitación ni la adjudicación, y tampoco la celebración del contrato y su ejecución, se abre paso la tutela como mecanismo de protección inmediata para los derechos constitucionales violados. Y es esa misma falta de eficacia de la acción ordinaria, que hace la tutela prospera como remedio definitivo para el restablecimiento íntegro de los derechos, y volver las cosas al estado anterior al licitación viciada. Sobre este punto, tiene sentado la H. Corte Constitucional: “Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contencioso administrativa, como en el caso de los actos preparatorios o trámite y de ejecución o de los actos policivos no administrativos.// También procede la tutela como mecanismo definitivo, en el evento de que no sea posible a través de la acción contencioso administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o eficaz para la efectiva protección del derecho (Su-039 de 1997)”.

8 Dispone la norma en cita: “ARTICULO 311. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 141. Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término”.

9 Véase, folio 343 del Cuaderno No. 2.

10 Determina la citada norma que: “Artículo 310. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1º y 2º del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999, expediente 16550, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

13 Subrayado por fuera del texto original.

14 Sentencia T-154 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

15 Resolución No.163 del 30 de septiembre de 2003.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 10610, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

18 Sentencia SU-039 de 1997.

19 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

20 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

21 Al respecto, dispone el precepto constitucional: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

22 Folio 400 del Cuaderno No. 1

23 “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”

24 Folio 319 del Cuaderno No. 4.

25 Folios 56 y 238 del Cuaderno No. 4.

26 Folio 277 del Cuaderno No. 3.

27 Folios 252, 253 y 254 del Cuaderno No. 3.

28 Dispone la citada norma: “Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. // Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. // Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia”.

29 Folio 266 del Cuaderno No. 3.

30 Folio 208 del Cuaderno No. 3.

31 Folio 17 del Cuaderno No. 4.

32 Folio 57 del Cuaderno No. 3.

33 Folio 187 del Cuaderno No. 3.

34 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 Subrayado y sombreado por parte de la Lotería de Bolívar.

36 Folios 52 y subsiguientes del Cuaderno No. 7.

37 Folio 197 del Cuaderno No. 5.

38 Folio 134 del Cuaderno No. 5.

39 Folio 202 del Cuaderno No. 5.

40 Folios 138 y 139 del Cuaderno No. 5.

41 Allí se ordena: "... Se accede a los solicitado por la accionante en el escrito que antecede, y se dispone: Ofíciase al señor Gerente de la Lotería de Bolívar, comunicándole que en ocasión de haberse declarado la nulidad de la sentencia con fecha 19 de agosto de 2003 donde venía ordenado el levantamiento de la medida provisional, la suspensión de la licitación pública número 01 de 2003 para la adjudicación de un contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes "Chance" ordenada por el Juez Quinto de Familia de Cartagena y comunicada a él mediante oficio 2072-10468 del 11 de agosto de 2003, continúa vigente hasta cuando se decida lo contrario". (Folio 200 del expediente No. 5).

42 Folio 153 del Cuaderno No. 5. ** En el expediente de tutela No. T-863.818, el cual fue requerido por esta Corporación al Juzgado 3° Civil del Circuito de Cartagena mediante Auto de julio 24 del 2004, se encuentran las Actas de la Lotería de Bolívar correspondientes a la sesión del 16 de septiembre de 2003, en las que se relatan lo sucedido con la entrega de la propuestas. A continuación se transcriben los aspectos trascendentales de dicha sesión, que se relacionan con los hechos previamente reseñados: - El señor Gabriel Andraus Burgos en calidad de representante legal de la firma INVERAPUESTAS S.A. afirmó que se abstuvo de presentar propuesta para la licitación No. 01 de 2003 a pesar de haber comprado pliegos, ateniéndose al oficio No. 2833 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil, cuya copia entregó para que se anexara a dicha diligencia. A continuación manifestó: "(...) Dicha comunicación fue recibida en el despacho del señor gerente Ad-Hoc a las 10.a.m por intermedio de la oficina de archivo y correspondencia. Esa orden es de obligatorio cumplimiento inmediato y el no hacerlo por parte del gerente (...) es no sólo pisotear el derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad sino desacatar la orden de un juez de tutela, en consecuencia, respetuosamente solicitamos al señor Gerente suspenda el proceso

licitatorio No. 01 de 2003 para que se le haga honor al respeto del orden jurídico y constitucional (...)" . - El señor Jesús María Villalobos representante legal de Apuestas El Perro Limitada se abstuvo de entregar propuesta, invocando las mismas razones de INVERAPUESTAS S.A. - El señor Alberto Montoya Montoya apoderado de Apuestas El Gato E.U., luego de radicar su propuesta, manifestó: "Se habla aquí de una providencia de un magistrado del Tribunal, la cual hasta la fecha en cumplimiento del debido proceso no se nos ha notificado siendo parte de ese proceso de tutela. Veo que INVERAPUESTAS a través de su representante se ha sustraído voluntariamente de presentar la propuesta y ya pasada la hora para ello se limita simplemente a dejar constancia de una providencia judicial de tutela sin esperar a que el Gerente (...) expida el acto administrativo correspondiente acatando o rechazando la solicitud del juez o del magistrado, por el contrario de manera verbal y de una manera que considero salida de tono, (...) coacciona para que se tome la medida sin dejar que el presentante legal de la Lotería (...) tome la decisión, lo cual en esta misma diligencia lo puede hacer, se olvida por INVERAPUESTAS y Apuestas El Perro de propiedad de un mismo socio con interés en ello, que mi poderdante también hace parte de este proceso licitatorio. Cada vez que venimos aquí, hay un fallo de tutela o de una acción de cumplimiento o de una acción de grupo, buscando tal vez lo que dijo el Tribunal Administrativo de Bolívar, que lo que quieren es que el pliego salga como ellos quieren redactarlo, salga como son sus intereses, nosotros hemos tenido que correr a cumplir requisitos, se criticaba que había un Gerente de la Lotería con intereses en este procedimiento, se nombró un Gerente Ad-Hoc y lo que observo es una acción permanente y grosera, este procedimiento nunca va a poder terminar, porque han metido a todos los organismos de control, al juez de tutela, ha entorpecer el proceso, ante los superiores hemos impugnado tales decisiones y el tiempo nos ha dado razón revocando estas providencias (...)" . - En cuanto a la decisión del Tribunal del 15 de septiembre de 2003, el Gerente Ad-Hoc de la Lotería de Bolívar señaló: "solicité al Tribunal Superior de Cartagena una aclaración sobre el oficio enviado a mi despacho ya que lo considero confuso y estoy esperando una respuesta por parte de este Tribunal (...) No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada y para constancia se firma por todos los en que ella han intervenido". (Folios 24 a 29).

43 Folio 197 del Cuaderno No. 5.

44 Folios 481 a 483 del Cuaderno No. 1.

- 45 Folio 160 del Cuaderno No. 5.
- 46 Folio 184 del Cuaderno No. 5.
- 47 Folio 70 del Cuaderno No. 2.
- 48 Folio 81 del Cuaderno No. 2.
- 49 Folio 140 del Cuaderno No. 2.
- 50 Folios 143 a 147 del Cuaderno No. 2.
- 51 Folio 280 del Cuaderno No. 2.
- 52 Folio 6 del Cuaderno No. 5.
- 53 Radicación No. T-856.637.

54 Textualmente, se manifestó: “(...) Que el inciso tercero del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991 prevé que el afectado deberá ejercer la acción judicial en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. // Que, teniendo en cuenta que el fallo de tutela se expidió el día 28 de octubre de 2003, los cuatro (4) meses de que trata el artículo citado en el considerando anterior se vencieron el 28 de febrero de 2004, cesando a partir de esta fecha los efectos del fallo, a términos de lo establecido en el inciso cuatro (4) del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.// Que de acuerdo con certificación expedida por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Bolívar, la empresa INVERAPUESTAS S.A., accionante de la tutela y a quien se tuteló el derecho al debido proceso, a la fecha no ha presentado acción de nulidad contractual, ni ninguna otra acción en contra de la licitación 001 de 2003 y del contrato de concesión de apuestas permanentes. // Que mediante sentencia T-098 de marzo 24 de 1998, la Honorable CORTE CONSTITUCIONAL, en su sala Quinta de Revisión dispuso: “(...) si no ejerce la acción correspondiente en los cuatro meses que señala la disposición, la tutela concedida pierde automáticamente su vigor. No es indispensable que un juez lo declare, ni siquiera el de tutela que otorgó la protección, pues en tal circunstancia obra directamente la norma legal, que no se presta a interpretaciones distintas de aquella que surge de su tenor”. RESUELVE. Artículo primero. Dejar sin efecto lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución No. 187 de noviembre cinco (5) de 2003. (...)”. (Folio 14 del

Cuaderno No. 5).

55 Folios 16 y subsiguientes del Cuaderno No. 5.

56 Dispone la norma en cita: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. // La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres siguientes si debe revocarse la sanción”.

57 El citado precepto legal determina que: “Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora. // Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. // Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

58 Al respecto, en providencia del 1° de febrero de 2005, el citado Tribunal señaló: “(...) Frente a esas transcripciones concernientes [se hace alusión a las órdenes de tutela], no existe manera normal ni especial, de concluir nada diferente a que la sentencia de tutela, dispone o resuelve con carácter definitivo. [En efecto] toda la reflexión que se hizo en su parte estimativa ofrece una plena certitud de que lo fallado posee carácter definitivo y que jamás fue transitorio, que es lo que persistentemente alega el demandado para no cumplir el mandato judicial (...)”. (Folio 228 del Cuaderno No. 6).

59 A folio 434 del Cuaderno No. 1, se señala que: “A esta Agencia del Ministerio Público, le informó la Juez Quinta de Familia de Cartagena, mediante oficio 6 de julio de 2005, que dentro del incidente de desacato adelantado contra la Lotería de Bolívar, el Jefe de Grupo del

Departamento Administrativo de seguridad DAS de esa ciudad le informó, a su vez, que la sanción de arresto de 3 días (...), fue cumplida”.

60 Folio 201 del Cuaderno No. 6.

61 Folio 211 del Cuaderno No. 6.

62 Folio 215 del Cuaderno No.6

63 Folio 220 del Cuaderno No. 6.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

65 Folio 531 del Cuaderno No. 1.

66 Folios 540 a 547 del Cuaderno No. 1.

67 Folio 545 del Cuaderno No. 1.

68 Folios 559 a 561 del Cuaderno No.1.

69 Dispone la norma en cita: “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier Magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena (...)”.

70 Sobre el derecho de acceso a la administración de justicia, véase entre otras, las sentencias: C-426 de 2002 y C-641 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

71 Véase, sentencia T-010 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-721 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

72 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

73 Dispone el artículo 4° del Decreto 306 de 1992: “Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello que no sean contrarios a dicho decreto (...)”.

- 74 Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 75 Sentencia T-149 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 76 Sentencia T-308 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- 77 Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 78 Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- 79 Sentencia T-721 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- 80 Sentencia T-919 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Subrayado por fuera del texto original.
- 81 Sentencia T-721 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

82 Dispone, al respecto, el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil: “Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe.

El juez impondrá a cada uno, multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales.

Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda, con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional”.

83 Determina el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil: “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado.

A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes

en el proceso o incidente”

84 Sentencia T-721 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

85 Subrayado por fuera del texto legal.

86 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

87 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

88 Auto del 12 de diciembre de 2003.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

90 Se invoca igualmente el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad económica, a la buena fe y a la confianza legítima.

91 Denuncia visible a folio 37 del cuaderno No. 4. del expediente de tutela. Dicho acto procesal de naturaleza penal tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2002.

92 Folio 2° del expediente T-827.122.

93 Auto del 17 de marzo de 2004.

94 Folios 2° y 3° del expediente T-863.818.

95 La presente tutela fue excluida de revisión por auto del 23 de enero de 2004.

96 Ley 80 de 1993 y demás normas que la desarrollan.

97 Dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como lo que, a título enunciativo, se definen a continuación”.

98 Ley 80 de 1993, artículo 30.

99 DROMI. Robert. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina. Edición 2. 1995. Pág. 76.

100 Mediante Auto del veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, negó la solicitud de suspensión provisional del citado artículo. (radicación número: 25206).

101 DÁVILA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 2° Edición. Legis. Bogotá. 2003 y QUINTERO MUNERA. Andrés. MUTIS VANEGAS. Andrés. La Contratación Estatal. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.

102 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de abril 14 de 1986. C.P. Eduardo Suescún Monroy.

103 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de noviembre de 1993. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

104 Artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, derogatorio del artículo 12 del Decreto 855 de 1994. Disposición que debe interpretarse en concordancia con el artículo 6° del Decreto 287 de 1996, según el cual, no se podrá declarar desierta la licitación cuando sólo se presente una propuesta hábil y esta pueda ser considerada como favorable para la entidad, de conformidad con los criterios legales de la selección objetiva.

105 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

106 Ley 80 de 1993, artículo 77.

107 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de agosto de 1991, Expediente No. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

108 Lo anterior se demuestra además con lo previsto en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el cual se permite modificar unilateralmente los pliegos de condiciones por el jefe o representante legal de la entidad contratante, como resultado de las observaciones que los interesados le realicen a su alcance y contenido con posterioridad a la audiencia de aclaración.

109 Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

110 Ley 80 de 1993. art. 25. num. 7 y 12. Decreto 2170 de 2002. art. 8.

111 Subrayado por fuera del texto original.

112 Así, por ejemplo, dispone el artículo 30-4 de la Ley 80 de 1993: “Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia”.

113 Dice el artículo 30-6 de la citada Ley 80 de 1993: “6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia (...)”.

114 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Reiterada en las sentencias T-033 y T-061 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

115 Igual doctrina se encuentra en las sentencias: T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

117 Véase, entre otras, las sentencias T-147 de 1996, T-154 de 1998, T-312 de 1999, T-724 de 2003, T-021 de 2005 y T-337 de 2005.

118 Esta disposición fue declarada exequible por esta Corporación mediante sentencia C-1048 de 2001. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Entre los principales argumentos que condujeron al pronunciamiento de constitucionalidad, se destacan: "(...)Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio.

La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la

función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso si a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio.

Precisado lo anterior, debe la Corte establecer el alcance de la limitación impuesta por la norma acusada, cuando señala que “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” En especial debe establecer si esta restricción tiene el alcance de eliminar o de recortar, en ciertos casos, el plazo de caducidad que señala la norma, desconociendo con ello el derecho de acceso a la administración de justicia, especialmente el de terceros a la relación contractual que hayan participado en las etapas precontractuales, como lo alega la demanda.

[La] interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo”.

119 Entiéndase por acto administrativo definitivo: “aquellos que expresan en concreto la voluntad de la administración y contienen lo que la doctrina administrativa denomina decisión ejecutoria, capaz de afectar la esfera jurídica de una persona determinada”. Sentencia SU-201 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Sobre la materia, el Consejo de Estado ha dicho: “los simples actos de la Administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo. Sección Tercera. Auto de abril 6 de 1987).

120 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de agosto de 1991, Expediente No. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

121 Así, por ejemplo, la resolución de apertura de la licitación y el acto que declara desierta la licitación son actos administrativos generales; mientras que el acto que rechaza una propuesta y la resolución de adjudicación del contrato son actos administrativos particulares.

122 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999, expediente 16550, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Igual jurisprudencia expuesta en el Auto de 7 de octubre de 2004, expediente 26.649, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

123 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 22 de abril de 1988. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Expediente No. 5262. Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - CORELCA -. Disponía el artículo 193 de la Constitución Política de 1886, conforme a las modificaciones realizadas por el Acto Legislativo No. 01 de 1945, que: “La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. En idéntico sentido, en otra providencia del citado Tribunal de la justicia administrativa, se expuso: “La procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo opera con carácter restrictivo, dada la presunción de legalidad y ejecución directa del mismo y por ello, es indispensable que el peticionario de la medida cumpla previa y estrictamente con los requerimientos de la ley. Si bien esta medida cautelar tiene un origen constitucional (art. 238 C.P), la ley ha supeditado su procedencia al cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades que se encuentran consignados en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Así, sólo son susceptibles de tal medida los actos administrativos que incurran en una manifiesta, ostensible y directa violación de la norma o normas superiores que le sirven de fundamento, apreciable por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud que demuestren, por ejemplo, la expedición irregular del acto o falta de competencia. Además, el ordinal 3º del art. 152, prevé que cuando la acción intentada sea distinta a la de nulidad, debe el actor

“demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar ...”. En el caso que se examina, la Sala encuentra que el actor aduce como perjuicio el que se deriva del oficio No. 16334 del 11 de julio de 2000, por medio del cual el director del DAMA informó a otra entidad pública la inhabilidad para contratar que recayó en la sociedad demandante, al no suscribir el contrato que le fue adjudicado como resultado de la licitación 01-99 (fl.163 c.3), el cual si bien es cierto es una consecuencia prevista en la ley (art. 8º num.1 lit. e) ley 80 de 1993), acarrea unas consecuencias gravísimas para la sociedad demandante. De tal manera que al no establecer la ley en forma precisa en qué debe consistir el perjuicio alegado y sólo exigir que al menos aquél se demuestre “aunque sea sumariamente” (art. 152 ord. 3º C.C.A), la sala tendrá como prueba del mismo el aducido por el demandante. Examen diferente es el que debe hacerse para la confrontación de los actos acusados frente a las normas que se invocan como violadas, puesto que aquí sí debe ser evidente la infracción que se aduce de las mismas por una comparación sencilla, clara y que resulte patente, lo cual tratándose de actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual y en el control de legalidad de los mismos a través de la acción de las controversias propias del contrato es más exigente como pasa a verse”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 13 de diciembre de 2001. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 19777).

124 Dispone la citada norma de la Carta Fundamental: “la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”:

125 Dispone la norma citada del Código Contencioso Administrativo: “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2º. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de las mismas, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandando causa o podría causar al actor”.

126 M.P. Martha Victoria Sáchica.

127 Véase, igualmente, las sentencias T-1201 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-554 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

128 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de agosto de 1991, expediente No. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

129 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente No. 9118, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

130 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 6 de abril de 1987. Expediente 5050, Consejero Ponente: Julio César Uribe.

131 Sentencias T-1201 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-554 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

132 Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de marzo de 2003, radicación No. 12.430. En idéntico sentido, en providencia del 16 de enero de 2003, el citado Tribunal sostuvo: “En vigencia de la Ley 446 de 1998, se observa que frente a los actos previos de carácter precontractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Celebrado el contrato, la única posibilidad para impugnar los actos previos es solicitar la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la nulidad de aquellos, en ejercicio de la acción contractual. Sin embargo, la misma ley previó que para ejercer la acción deberá acreditarse la legitimación, así: cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo. En el caso particular, lo cierto es que la demandante no participó en el proceso de selección y por lo tanto, carecía de interés jurídico para actuar. No obstante, la adquisición del pliego y la presentación de propuesta no es la única forma de determinar el interés en un proceso licitatorio, y por tanto la de legitimarse para demandar el contrato. La firma demandante tuvo la posibilidad de demandar los actos previos en ejercicio de la acción de simple nulidad, y dentro de los 30 siguientes a la publicación, notificación o comunicación, lo cual no ocurrió en el caso concreto. Por lo tanto perdió la posibilidad de cuestionar en vía judicial el proceso

de selección y el acto de adjudicación, más no así la de demandar el contrato como tal, a través de la acción constitucional que ejerció. De otra parte, y a lo que se ciñe el asunto, la empresa demandante sostuvo que intentó participar en el proceso de selección, y si bien no existe prueba que haya adquirido el pliego de condiciones para ello, sí existe respecto de su decisión, no solo en adquirir el pliego, sino de presentar la propuesta. Así las cosas, queda evidente el interés manifestado por la sociedad COLGRABAR LTDA., para participar en la licitación 0015 de 2000, y en consecuencia, surge la legitimación de la misma empresa para demandar a través de la acción contractual el contrato con el culminó dicho trámite administrativo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de enero de 2003, radicación No. 21.118). De igual manera, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de junio de 2003, radicación 23.056; Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta última providencia, se citó el siguiente fallo del Consejo de Estado, que igualmente resulta aplicable al tema objeto de controversia, en los siguientes apartes: “En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial. Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica. Está acreditado dentro del proceso que la sociedad demandante no presentó propuesta en la licitación pública nacional, para la prestación del servicio de vigilancia en los sectores VI y VII en los que centra la irregularidad del acto administrativo contenido en el acta N° 1173 del 6 de noviembre de 1991 para pedir su nulidad, que adjudicó dichos sectores a la empresa Dincolvip Ltda., la cual según la demanda no tenía en ese momento licencia de funcionamiento del Ministerio de Defensa para operarlos. En el evento de que esta circunstancia se analizara y prosperara para efectos de considerar ilegal la adjudicación, que beneficio reportaría al demandante si no presentó propuesta para la prestación del servicio en estas zonas?. El texto original del artículo 87 que traía el Decreto Ley 01 de 1984, ya hacía referencia a que podía intentar la nulidad del contrato “quien demuestre “interés directo” en el contrato”, presupuesto que se mantiene después de su modificación por el artículo 32 de la ley 446 de 1998. Se hace sí la salvedad, que si bien es cierto la ley 80 de 1993 - Estatuto de la Contratación Estatal - estableció en el art. 45 que la nulidad absoluta del contrato estatal podía alegarse “por cualquier persona”, convirtiéndola en una acción

pública de legalidad, dicha situación fue temporal, ya que con la ley 446 de 1998 se volvió al sistema general del código, al asignar la titularidad de la acción a “cualquier tercero que acredite un “interés directo” para pedir que la nulidad se declare. En estas condiciones, hoy la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato en virtud del acuerdo de voluntades que surge entre la entidad estatal y la persona natural o jurídica para la realización de la labor encomendada que genera derecho y obligaciones recíprocas. La posee también el Ministerio Público como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa (art. 277 núm. 7 Constitución Política) y por atribución que le otorgara antes la ley 50 de 1936 en los eventos de objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley. De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán “interés directo” en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal”.

133 Sentencia SU-219 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y Auto 100 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

134 Sentencia SU-219 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-337 de 2005. (M.P. Jaime Araújo Rentería).

135 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

136 Sentencia T-440 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

137 En este contexto, la Corte señaló: “(...) 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. (...) 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. (...) 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 irremediable 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”. (...) 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. (...) Las anteriores decisiones se mantendrán en firme hasta tanto la jurisdicción contenciosa decida de manera definitiva la controversia planteada”.

138 Expresamente, la Corte manifestó: “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”.

139 Así se señaló en la citada providencia: “Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”.

141 En sentencia AP-057 de 2001 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros), el Consejo de Estado dispuso que no obstante que el juez constitucional no puede modificar ni las pretensiones de la demanda, ni los hechos que le sirven de fundamento, sí puede, cuando advierta la vulneración de un derecho colectivo diferente al invocado por el demandante, conceder su debida protección, en aplicación del principio de protección prevalente o *lura Novit Curia*. En sus propios términos, se dijo: “Esta sala ha reconocido el carácter prevalente y especial que tienen las acciones populares en las cuales el Juez tiene obligaciones como por ejemplo la impulsión oficiosa del proceso y la protección de la comunidad como sujeto de protección. La Sala estima que al Juez de esta acción le está permitido proteger otros derechos colectivos, aún cuando no han sido invocados por el actor, derechos que se ven complementados por los principios constitucionales y legales en los cuales se realizan y manifiestan a la realidad los referidos derechos. La aplicación del Principio del *lura Novit Curia* ya ha sido utilizada por esta Sala en casos anteriores, en los cuales está en discusión la afectación al derecho colectivo de la moralidad administrativa (Consejo de Estado, Sección Tercera, EXP: AP-166, C.P: Alier Hernandez.). Bien sea que se decida aplicar el principio de la protección prevalente y eficaz de los derechos o el principio del *lura Novit Curia*, las dos vías procesales convergen en una conclusión sustancial: Es válido al juez de las acciones populares proteger otros derechos colectivos no alegados por el actor, con el fin de proteger a una comunidad que está afectada por la decisión jurídica, más no está representada en su totalidad en la Litis y por ende los principios constitucionales y demás normas legales son parte de la decisión del juez de esta acción. Tal valoración no es una introducción reciente. Desde que se establecieron las Acciones Populares como mecanismos para la protección de Derechos Colectivos y de Intereses Difusos se había determinado que en esta clase de acciones incluso el juez puede proferir un fallo *ultra - petita*. En síntesis, en virtud de la naturaleza especial de la Acción Popular, es válido que el juez profiera fallos *ultra o extra petita*”.

142 Dice el artículo 10 de la Ley 472 de 1998: “Cuando el derecho o interés se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular”. Sobre la materia, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Radicación:

AP-275 de diciembre 18 de 2001.

143 Artículo 2° de la Ley 472 de 1998. Lo anterior implica conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, que la acción popular tiene un carácter preventivo y resarcitorio. Véase, sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica. En igual sentido, las sentencias AP-026 del 7 de abril de 2000 y AP-027 del 15 de marzo de 2001 del Consejo de Estado.

144 En dicha sentencia se dispuso que: “Dado que la Sala encontró que la administración lesionó la moralidad administrativa al tomar la decisión de construir un estadio en zona de riesgo volcánico bajo y medio, y que, como consecuencia de ello, se puso en peligro, arbitrariamente, el derecho colectivo a la seguridad pública, se accederá a las súplicas de la demanda en el sentido de ordenar la suspensión de las obras, ordenar al Municipio que haga los estudios necesarios para determinar un fin adecuado para las obras que se alcanzaron a adelantar, y conformar un comité para la verificación del cumplimiento del fallo”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2001, radicación No. AP-166.

145 La máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, en esta oportunidad, manifestó: “Nada impide, en consecuencia, que una decisión judicial para proteger un derecho o interés colectivo afectado, tenga el alcance de declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato si estos constituyen la causa de la afectación. (...) Considera la Sala contrario sensu que, dado que la acción popular no tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos sino la protección de los derechos colectivos, si encuentra acreditada una violación de la ley que pueda acarrear la nulidad del acto o contrato y la misma no concurre con una vulneración de la moral administrativa u otro derecho colectivo, el juez no puede declarar la nulidad referida porque excedería el límite de su competencia funcional. (...) Se accederá a anular una estipulación del contrato incluida en el otrosí (...) por ser contraria a valores que tutelan la moral administrativa tales como la igualdad, libertad y seguridad jurídica, al pactar sobre objeto no comprendido en la convocatoria a la celebración del contrato, que contiene una estipulación que obliga a Ecosalud S.A. a comprar al contratista la actualización de software del sistema y que, como tal, puede igualmente constituir una amenaza contra el patrimonio público. En tales condiciones, dicha estipulación está afectada de la causal de desviación de poder (art. 44.3 de la L. 80 de 1993) que acarrea

su nulidad como en efectos se decidirá en la parte resolutive de esta sentencia dado que se encuentran reunidos los presupuestos previstos en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, vales decir, está probada la causal de nulidad parcial del contrato y las partes contratantes concurrieron al proceso y ejercieron sin restricción alguna su derecho de defensa”. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2002, radicación No. AP-10.401.

146 En sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002, se dijo: “(...) El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudirse al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones. (...) A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados >>difusos>> o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad”. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo de 2002. C.P. Ligia López Díaz.

147 Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia correspondiente al proceso AP-289 de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, manifestó: “De conformidad con lo previsto en la Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, la defensa de los derechos colectivos puede hacerla cualquier persona natural o jurídica, sin que deba probar ningún interés particular (art. 12). (...) En [estos] términos, dado que con la acción popular se pretende la defensa de derechos que no pertenecen a personas individualmente consideradas, aunque su vulneración en ciertos casos puede llegar a afectar intereses o derechos particulares, no hay ninguna razón jurídica para exigir que el actor acredite un interés concreto para demandar, pues se reitera, con la acción popular se pretende la protección del derecho en sí mismo y no el restablecimiento de intereses particulares”. (Subrayado por fuera del texto original).

148 Véase, fundamento No. 19 de esta providencia.

149 Véase, entre otras, las sentencias T-453 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-1205 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-466 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). En idéntico sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, al manifestar: “De otro lado, se resalta que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos de carácter fundamental como el derecho de petición a que alude el accionante en algunos de sus escritos; a su vez, la acción popular tiene como objeto la defensa de los derechos e intereses colectivos, entre otros los indicados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998. También se aclara que son susceptibles de revisión eventual por la Corte Constitucional las sentencias proferidas dentro del trámite de la acción de tutela, no las providencias dictadas dentro del [procedimiento] de la acción popular, como erróneamente lo pretende el accionante, pues la Ley 472 de 1998 reguladora del trámite especial de esta acción no otorga tal competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Radicación AP-117 de julio 6 de 2001. Igual posición jurisprudencial se encuentra en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicación AP-027 de marzo 15 de 2001.

150 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

151 En dicha ocasión, en relación con la procedencia de la acción de tutela, la Corte sostuvo que: “[Existen] casos en los que por la vulneración o amenaza de derechos colectivos se produce la vulneración o amenaza de derechos fundamentales. En estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al concluir que ante estos eventos resulta viable la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos y se acredite la real vulneración o amenaza del derecho fundamental, razón por la cual en reiteradas ocasiones esta Corporación ha señalado que: “(...) si una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente) esta afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de las acciones populares (...)” En estas condiciones, se ha considerado efectivamente que dada la

conexidad del ataque entre derechos colectivos y fundamentales deberá prevalecer la tutela sobre las acciones populares, para garantizar la protección de los derechos fundamentales, la unidad de defensa y la economía procesal. (...) Sin embargo, para que prospere el mecanismo excepcional de la acción de tutela en estos casos, como se dijo con anterioridad, “ (...) es necesario que se pruebe - y de manera fehaciente - que en efecto están en peligro o sufren lesión los derechos fundamentales del accionante. Igualmente deberá acreditarse el nexo causal existente entre el motivo alegado como causante del daño colectivo y el perjuicio o amenaza individual que el peticionario dice afrontar (...)”. En ese orden de ideas, se requiere para el conocimiento de una acción orientada en ese sentido, que exista un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales del solicitante o su familia, una perturbación de derechos colectivos y un nexo causal o vínculo directo entre uno y otro, de manera tal que se pueda determinar directamente que la lesión o amenaza del derecho fundamental es producto de la perturbación de los derechos colectivos”. En idéntico sentido, se puede consular la sentencia T-1205 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

152 Únicamente sobre la base de protección de los derechos colectivos, excluyendo su uso para la obtención de un interés meramente individual, subjetivo y concreto.

153 Folios 548 y subsiguientes del Cuaderno No. 1.

154 La citada modalidad de juego se define como aquella “en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero”. (Ley 643 de 2001, art. 21).

155 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

156 Artículo 22.

157 Artículo 23.

158 Artículo 24.

159 Artículo 25.

160 Artículo 26.

161 Artículo 7.

162 Artículos 3-1 y 8.

163 Artículos 2 y 53.

164 Artículo 54.

165 Dispone, al respecto, el artículo 60 de la Ley 643 de 2001: “(...) Los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley deberán ajustarse en lo dispuesto en la misma, sin modificar el plazo inicialmente contratado. Al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 22. (...)”. La referida norma señala: “Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública y por un plazo de cinco (5) años”. (Subrayado por fuera del texto original).

166 Recuérdese que de conformidad con el artículo 150-25 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de la Contratación Administrativa tiene una vocación general, por lo que se encuentra destinado a regular tanto las reglas y principios que rigen los distintos contratos de las entidades estatales, así como el procedimiento administrativo para su formalización.

167 Artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

168 La citada disposición consagra que: “Artículo 7. Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos e la Ley 80 de 1993 (...)”.

169 Al respecto, dispone la norma en cita: “La acción de tutela no procederá: (...) 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

170 Así se ha reconocido por esta Corporación, entre otras, en las sentencias T-147 de 1996, T-154 de 1998, T-312 de 1999, T-724 de 2003, T-021 de 2005 y T-337 de 2005.

171 (Subrayado por fuera del texto original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 6° de agosto de 1997. Radicación número: 13.495. Esta misma posición jurisprudencial se reiteró en su integridad, en fallo del 18 de septiembre de 1997, en el que se negó la declaratoria de nulidad de las cláusulas de un pliego de condiciones para la concesión del servicio público de telefonía celular en la red B. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 18 de septiembre de 1997. Radicación número: 9118.

172 Fundamento No. 19.

173 Al respecto, el citado Tribunal ha señalado: “Corresponde a la Sala pronunciarse, para decidir, en virtud de la competencia funcional y material que le atribuye la ley, sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto por medio del cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción. // Procede la Sala a establecer si realmente la acción ejercitada se hallaba o no caducada. (...) En primer término, se precisa que la acción promovida por la parte accionante es la de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, contra el pliego de condiciones (en el documento que lo contiene se hizo la solicitud de oferta) y el acto de adjudicación del contrato. (...) Caducidad respecto del pliego de condiciones (...) Ese acto fue conocido por el demandante el día 23 de enero de 1998, en el cual ECOPEPETROL, mediante comunicación (...), le manifestó su interés en recibir cotización para las labores de pilotaje en el atraque y desatraque de buques en el terminal petrolero de Pozos Colorados, a esa comunicación se adjuntó el pliego de condiciones.(...) En consecuencia, por esa fecha, se advierte que ese pliego es anterior a la vigencia de la Ley 446 de 1998 expedida el día 7 de julio de 1998. (...) Cabe anotar que antes del 8 de julio de 1998 día de entrada en vigencia de dicha ley los actos precontractuales podían demandarse, dependiendo del motivo o finalidad perseguida por el actor, o: -mediante el ejercicio de la acción de nulidad la cual no estaba sujeta a término de caducidad; - mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que estaba sometida al término de caducidad de cuatro meses. (...) Por consiguiente, el pliego de condiciones por ser un acto precontractual, era demandable, o en ejercicio de ‘la acción simple de nulidad’ o de la ‘nulidad y de restablecimiento del derecho’. (...) Antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 los actos precontractuales dados a conocer antes de entrar a regir esta norma, se regían por la ley vigente al momento de conocerlos; así lo decidió la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo en sentencia dictada el día 9 de marzo de 1998, en el proceso No. S-262, actor: SOCOCO LTDA. (...) A partir del 8 de julio de 1998, fecha de entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, las acciones promovidas contra los actos precontractuales, tanto de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, están sometidas a un término único de caducidad de 30 días; así lo enseña la ley. (...) La Sala precisa que ese término de caducidad se cuenta a partir de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 (8 de julio siguiente), cuando los actos demandados, aunque sean anteriores a ésta, se dan a conocer en vigencia de esta norma. (...) En el caso concreto, el pliego de condiciones, que fue puesto en conocimiento al demandante el día 23 de enero de 1998, con anterioridad a la vigencia de la Ley 446 de 1998, y que no había demandando al entrar en vigencia ésta, se podía demandar en tiempo hasta finalizar el término de los cuatro meses, previsto en la antigua ley. Y como ese día vencería hipotéticamente en un día inhábil, sábado 23 de mayo de 1998, se podría haber demandado hasta el día siguiente hábil, en este caso, el 26 de mayo de 1998. //Se tiene por tanto que si la demanda contra ese acto fue presentada el día 16 de diciembre de 1998, resulta evidente la ocurrencia de la caducidad” (Subrayado por fuera del texto original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 29 de junio de 2000. Radicación número: 16.602. Esta misma posición jurisprudencial se expuso en el año 2001, al negar una acción de nulidad interpuesta contra el pliego de condiciones formulado por la Corporación Autónoma Regional del Cauca, con el objeto de comprar energía a 20 años.

174 Folios 208 y 266 del Cuaderno No. 3.

175 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

176 En el mismo sentido, esta Corporación en sentencia T-458 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), manifestó: “El recurso, como señaló el Tribunal en la primera instancia, no fue utilizado por el actor.(...) A ese respecto, esta Corte manifestó en la Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992: (...) “La acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la

persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992). (...) Y en la Sentencia T-007 del 13 de mayo de 1992, la Corporación recalcó: (...) “Si, por el contrario, el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”. (...) En la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, la Sala Plena de la Corte dejó en claro: (...) “Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”. (...) En reciente fallo de la Sala Plena se expresó: (...) “La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela. Cuando ello ocurre, la tutela se reserva para un momento ulterior. En efecto, si por acción u omisión el Juez incurre

en una vía de hecho, la defensa de los derechos fundamentales, no queda expósita, pues, aquí la tutela recupera su virtud tuitiva. Finalmente, la mencionada acción, procede, como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.(...) Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz”).

177 Subrayado por fuera del texto original.

178 Véase folio 5° del Cuaderno No. 7.

179 Dispone la norma en cita: “e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, y (...)”.

180 Dispone, al respecto, el artículo 22 de la Ley 643 de 2001: “(...) Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años (...)”.

181 Véase, fundamento No. 23 de esta providencia.

182 Folios 559 y subsiguientes del Cuaderno No. 1.

183 Véase, sentencias T-225 de 1993 y T-015 de 1995.

184 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

185 En la parte correspondiente de la sentencia, se señaló: “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. (...)

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 irremediable 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”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

186 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

187 En sus propias palabras, esta Corporación manifestó: “En el caso sometido a revisión no se evidencia la configuración de un perjuicio de esta naturaleza, pues las consecuencias que se derivan de la declaración de caducidad, responden a la naturaleza misma de esta figura. No se puede afirmar que son “sanciones ilegales”, pues las consecuencias que de su aplicación se derivan, han sido fijadas por el propio legislador, como

efectos de su declaración. Aceptar el argumento esbozado, implicaría admitir que todos los contratistas a los que se les hace efectiva esta cláusula estarían enfrentados a un perjuicio de esta naturaleza. La acción ante el contencioso administrativo es la vía que tiene a su alcance la Corporación, a efectos de solicitar la indemnización de los perjuicios por los yerros en que pudo incurrir la administración distrital al declarar la caducidad del contrato, en caso de poder comprobar que la administración distrital actuó arbitrariamente. En consecuencia, si a ello hay lugar, Santa Fe Corporación Deportiva obtendrá la reparación de los perjuicios correspondientes. (...) El argumento de la muerte civil de Santa Fe Corporación Deportiva es inadmisibile, pues si bien es cierto que mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo no decida sobre la legalidad de la declaración de caducidad, la Corporación no podrá celebrar contrato alguno con entidades estatales, esto, sin embargo, no le impide a la mencionada Corporación seguir desarrollando su objeto social, porque la devolución de los terrenos no incide en éste. Así, por ejemplo, el equipo de fútbol que lleva su mismo nombre ha seguido cumpliendo con sus obligaciones deportivas, sin que la declaración que efectuó la administración distrital hubiese implicado su exclusión o la imposibilidad de seguir actuando en el torneo nacional. Tampoco afectó la contratación de los futbolistas o de empleados de la institución. Igualmente, la escuela de fútbol, creada por virtud del contrato que fue objeto de la declaración de caducidad, podrá seguir funcionando, si así lo estima pertinente Santa Fe Corporación Deportiva, pues su existencia es independiente del mencionado contrato. Obviamente que se requerirán otros terrenos para continuar con ella, pero no por ello se puede afirmar que esta actividad no podrá ser ejercida, porque la disponibilidad de un campo específico como lo es el Parque Simón Bolívar, no es esencial para el desarrollo de ésta”.

En idéntico sentido, en sentencia T-1212 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), este Tribunal señaló: “En primer lugar, la Corte considera que en relación con la pretensión de ordenar la cancelación del registro del contrato DCLC-0055 de 2001 y, consecuentemente, suspender el despacho de energía eléctrica; el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial, como lo es la declaratoria judicial de terminación del contrato de mandato por el incumplimiento de las obligaciones de ISA S.A. E.S.P. (...) Si bien en principio podría considerarse que la circunstancia específica en que se encuentra COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, dada la posible ocurrencia de una causal de disolución obligatoria que conduciría forzosamente a dicha compañía a la liquidación (Decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1°); lo cierto es que en ningún

momento se acreditó la impostergabilidad de la acción de tutela, pues como previamente se dijo, existen herramientas en el derecho societario que le permitirían a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., corregir la relación patrimonio neto-capital suscrito y, por ende, enervar la causal de disolución. (...) La Corte ha sostenido que existe perjuicio irremediable cuando se estructuran cuatro elementos básicos determinados en la sentencia T-225 de 1993, a saber: el perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable. (...) En relación con la impostergabilidad de la acción, en materia contractual, la doctrina de esta Corporación ha definido que para establecer la procedencia de la acción de tutela, es indispensable probar que de no concederse el amparo constitucional, se sufriría un agravio o amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas, que no habría tenido ocurrencia de haber prosperado sin demoras ni retardos la defensa tutelar. Así las cosas, es necesario excluir toda herramienta legal que resulte adecuada y pertinente para restablecer en su integridad los derechos y garantías de los asociados y que, por ende, torne inoperante la proximidad en el uso de la acción. (...) Sobre la materia se ha dicho: (...) “La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna”. (...) En el asunto sub-examine, aunque la Corte encuentra que en relación con los atributos de la personería jurídica de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., como expresiones fundamentales del derecho de asociación, existe un peligro inminente y grave que requiere además la adopción de medidas urgentes, pues la posible situación de liquidación obligatoria a la cual se encontraría sometida así lo amerita. En este caso, no se demostró que la prosperidad de la acción de tutela sea impostergable, toda vez que si bien existe una relación de causalidad entre el riesgo de estar incurso en la causal de disolución por pérdidas con la negativa de registrar la terminación del contrato de suministro por parte de ISA S.A. E.S.P., varias alternativas legales permiten restablecer la situación jurídico-económica de la empresa accionante, sin que el amparo fundamental se torne en herramienta imprescindible para defender la integridad de los derechos fundamentales de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. (...) A manera de ejemplo, entre otros, la compañía demandante tenía a su alcance las siguientes alternativas legales para reparar su situación financiera, frente a las cuales no existe explicación alguna del por qué no resultan idóneas, o carecen de la entidad suficiente para solventar la crisis de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. Dichas alternativas legales son: la posibilidad de emitir acciones conforme al capital autorizado, o de capitalizar la cuenta de

revalorización del patrimonio, o de la prima en colocación de acciones, o de alguna reserva voluntaria a la cual se le varíe su destinación. (...) Así las cosas, en el caso sub-judice. no se demostró cómo la situación jurídico-económica de la compañía no era susceptible de ser corregida a través del uso de los institutos propios del derecho societario, que condujeran a la imperiosa necesidad de otorgar el amparo constitucional a pesar de existir un trámite ordinario, suficiente e idóneo para solucionar la controversia surgida entre las partes”. (Subrayado por fuera del texto original).

188 Estas irregularidades, descritas en los antecedentes y en el fundamento No. 30 de esta Providencia, son: “(i) La ausencia de estudios previos para la apertura del proceso licitatorio (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 7° y 12°. Decreto 2179 de 2002, art. 8°); (ii) El señalamiento del valor mínimo de la propuesta por fuera de las condiciones de ley (Ley 643 de 2001, art. 23); (iii) La presentación del pliego de condiciones en forma incompleta (Decreto 2170 de 2002, art. 1°); (iv) La exclusión del requisito “experiencia” como factor de selección y, además, la extralimitación por su requerimiento en tratándose de socios y/o propietarios (Decreto 2170 de 2002, art. 4°, num. 4°); (v) La comparación de la capacidad financiera de los socios y no de los proponentes (Código de Comercio, art. 98); (vi) La inclusión de factores de selección no definidos ni clarificados de forma suficiente (Ley 80 de 1993, art. 24. num. 5°, literales b y e); [y] (vii) La transformación de la explotación del “Chance” en una única zona, desconocimiento, caprichosamente, que en la actualidad se manejan siete zonas distintas a cargo de igual número de operadores”.

189 Véase, por ejemplo, la sentencia T-1212 de 2004.

190 Véase, sentencias T-638 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara, T-613 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

191 Véase, sentencias T-346 de 2001, T-255 de 2002 y T-119 de 2003.

192 “Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

193 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

194 Sentencia T-468 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

195 Dispone la norma en cita: “La acción de tutela no procederá: 1°. Cuando existan

otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas se utilicen 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 encuentra el solicitante”. (Subrayado por fuera del texto original).

196 Sentencia T-021 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

197 Así se ha reconocido por esta Corporación, entre otras, en las sentencias T-147 de 1996, T-154 de 1998, T-312 de 1999, T-724 de 2003, T-021 de 2005 y T-337 de 2005.

198 Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

199 Véase, en la doctrina, CAMPO CABAL. Juan Manuel. Medidas cautelares en el contencioso administrativo. Editorial Temis. Bogotá. 1981. Págs. 4 y subsiguientes.

200 Sentencia C-634 de 2000. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En igual sentido, sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

201 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

202 Dicho término se deduce de la aplicación analógica del artículo 257 del Código Contencioso Administrativo, que acude ante el silencio de sus disposiciones al Código de Procedimiento Civil, en este caso, al artículo 124 de dicho Estatuto.

203 Folio 16 del Cuaderno No. 3.

204 Folio 89 del Cuaderno No. 1.

205 Folio 17 del Cuaderno No. 4.

206 Así, por ejemplo, en sentencia del 6 de agosto de 1997, previamente citada, se declaró: “Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad tolimense de ingenieros, parte actora, contra el auto de 17 de marzo del presente año, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima inadmitió la demanda formulada por esta sociedad, por cuanto consideró que el acto impugnado, (...), por el cual se ordenó la apertura de la licitación pública DTST #5 de 1995, es un acto, como el pliego de condiciones, de mero trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional por no contener decisión

alguna de fondo, “ya que se limitan a exhortar a todas las personas que quieran participar en el evento previo a la adjudicación del contrato con el gobierno. (...) Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse ese calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. // En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas. // Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la Ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten. (...) En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concursos y de adopción de pliegos de condiciones. Así mismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de las asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos. (...) Lo expuesto muestra que la demanda deberá admitirse. // Frente a la suspensión provisional, se anota: La medida deberá decretarse porque el acto impugnado, al restringir la participación de los consorcios o uniones temporales “de hasta cinco personas” está violando en forma directa u ostensible los artículos 6° y 7° de la Ley 80 de 1993, la cual no contempla la aludida limitación. // Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, RESUELVE, (...) Suspéndase provisionalmente el artículo 4° del dec. 466 de 26 de mayo de 1995, tal como fue modificado por el art. 2 del dec. 520 del 13 de junio del mismo año”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 6 de agosto de 1997. Radicación No. 13.495. En el mismo sentido -aunque en estos casos se negó la suspensión- se pueden consultar: (i) Sentencia del 25 de mayo de 2000. Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Basteros. Radicación No. 18.136. (ii) Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación No. 19.777.

207 Acerca de la procedencia de la citada medida cautelar, en estos casos, el Consejo de Estado ha dicho: “1. La suspensión provisional de los actos administrativos en la acción

contractual. (...) Ante la equivocada afirmación del Tribunal de que la suspensión provisional sólo puede solicitarse en la acción de nulidad y en la de nulidad y restablecimiento del derecho, la sala hace las siguientes precisiones. (...) Consagra el art. 238 de la Constitución Política: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. (resaltado de la sala). (...) Repárese que de conformidad con el mandato constitucional todo acto administrativo por el solo hecho de serlo y de tener control jurisdiccional, es susceptible de la suspensión de sus efectos. (...) El art. 152 del C.C.A. que regula la procedencia de la suspensión de los actos administrativos en las acciones contencioso administrativas, establece en los ordinales 2º y 3º, los diferentes requisitos según que la acción instaurada sea la de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho y precisa que en la primera es suficiente que sea ostensible la violación de la norma positiva, en tanto que en la segunda se requiere esta misma condición y adicionalmente que se demuestre el perjuicio que la ejecución del acto demandado cause o pueda causar al actor. (...) La acción contractual prevista en el art. 87 del C.C.A comprende no sólo las controversias derivadas de la existencia, nulidad o incumplimiento del contrato estatal sino que también es la vía procesal adecuada para impugnar los actos administrativos dictados con motivo u ocasión de la actividad contractual, tal como lo había definido la jurisprudencia y ahora expresamente la Ley 80 de 1993 (art. 77 inciso 2º). (...) Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el art. 87 del C.C.A., no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, todo vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 25 de junio de 1999. Radicación No. 16.650. En la misma línea jurisprudencial, se pueden consultar: (i) Sentencia del 18 de marzo de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación No. 15.879; (ii) Sentencia del 18 de julio de 2002. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación No. 22477.

208 Véase, sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica.

209 Véase, fundamento No. 24 de esta providencia.

- 210 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 211 Sentencia SU-157 de 1999. (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-615 de 2002. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- 212 Folios 434 y 435 del Cuaderno No. 1
- 213 Folios 540 a 547 del Cuaderno No. 1.
- 214 Véase, a manera de ejemplo, Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 9118.
- 215 Ley 80 de 1993. art. 25. num. 1. “Del principio de economía. En virtud de este principio: 1º. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la sección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalaran términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”. (Subrayado por fuera del texto original).
- 216 GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. Miguel. La contratación Administrativa en Colombia. Bogotá. Librería Jurídica Wilches. 1990. Pág. 261.
- 217 Así, por ejemplo, el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que: “La declaratoria de desierto de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalaran en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”
- 218 Dispone la norma en cita: “La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1º. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado (...)”.
- 219 En el citado artículo se consagra que: “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho

de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (...)."

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

221 Sobre la materia, dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991: "Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción, clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso (...)."

222 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

223 M.P. Jaime Araújo Rentería.

224 Licitación Pública No. 01 de 2003