SU772-14

Sentencia SU772/14

ACCION DE TUTELA-Naturaleza subsidiaria

Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así, se ha indicado en múltiples oportunidades que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, en principio, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política.

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA

Acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Por estas razones, un requisito de procedencia de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, con base en el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha identificado dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental. La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede

postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas.

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Improcedencia cuando carecen de relevancia iusfundamental

Cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos se deben evaluar aspectos como: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona. Además, es de recordarse que la procedencia de la acción de tutela en estos eventos exige que la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Procedencia de la acción de tutela contra actos

administrativos que constituyen vías de hecho

El principio de legalidad es una de las manifestaciones de lo que la Carta Política instituyó como debido proceso el cual es definido por la jurisprudencia de esta Corporación como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”. Este derecho fundamental es “aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y puede ser protegido cuando se encuentre amenazado o sea vulnerado por parte de una autoridad pública o de un particular, a través de la acción de tutela.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Elementos mínimos

Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: “(i) la garantía de acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías”.

VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA-Causales de procedencia de la acción de tutela

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Requisitos de procedencia

La Corte precisó que el presupuesto de procedencia de la acción de tutela, se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela. Entonces, la procedencia de la acción de tutela se daría, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

POTESTAD DE LA ADMINISTRACION-Facultad de declarar la terminación unilateral de un contrato cuando éste se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Improcedencia por no vulneración del debido proceso, no acreditar perjuicio irremediable y existir otro medio de defensa judicial

Referencia: expediente T- 3.623.056

Acción de tutela instaurada por Recaudos y Tributos S.A., contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta.

Tema: procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos que versan sobre un contrato estatal.

Problema jurídico: ¿procede la acción de tutela para revocar y dejar sin efectos un acto administrativo mediante el cual una entidad territorial inicia una actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad de un contrato estatal con fundamento en la prohibición contenida en la Ley 1386 de 2010?

Derechos fundamentales invocados: debido proceso.

Magistrado Ponente:

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva–quien la preside–, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Sáchica Méndez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el veintiséis (26) de junio de 2012, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta, que confirmó el fallo de tutela proferido el ocho (08) de mayo de 2012 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, en el que se concedió el amparo invocado por el accionante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1 SOLICITUD

Recaudos y Tributos S.A., en adelante R&T, instauró acción de tutela contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, en el marco del proceso administrativo de revisión de la legalidad del contrato celebrado entre el accionante y la accionada.

El tutelante alega que existe cosa juzgada y por ello solicita al juez constitucional que se proteja su derecho al debido proceso y, en consecuencia, se deje sin efectos la Resolución N°. 039 de 2012, por medio de la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad del contrato celebrado entre el actor y la accionada.

1.2. HECHOS RELATADOS Y FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

Manifiesta el accionante lo siguiente:

1.2.1. El 9 de diciembre de 2002, el Distrito de Santa Marta abrió el proceso de licitación pública N°. 001 de 2002 “para la contratación de la modernización del sistema y gestión de los recaudos correspondientes a los tributos del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta”.

1.2.2. El 27 de diciembre de 2002, mediante Resolución N°. 910, la Alcaldía Distrital de

Santa Marta adjudicó el contrato correspondiente a la licitación pública N°. 001 de 2002 a la Sociedad R&T. El 30 de diciembre de 2002, se suscribió el contrato para la modernización del sistema y la gestión de los recaudos tributarios, entre el Distrito de Santa Marta y la Sociedad R&T, por un término de 20 años, en cuya cláusula 5ta, parágrafo 1°, se estableció expresamente que "las obligaciones del contratista no comprendía el ejercicio de funciones públicas indelegables en particulares, por lo que su alcance debería entenderse limitado a la modernización del sistema tributario y a los conceptos de asesoría y apoyo logístico y operativo".

1.2.3. El 8 de abril de 2003, el señor Alberto Ovalle Goenaga formuló acción popular contra el Distrito de Santa Marta y la Sociedad R&T, para que en defensa de la moralidad administrativa y del patrimonio público, se dejara sin efectos jurídicos el contrato N°. 092 suscrito entre las partes.

1.2.4. El 6 de noviembre de 2008, el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta profirió sentencia de primera instancia en el trámite de la acción popular formulada por el señor Ovalle Goenaga, en la que denegó las súplicas de la demanda "por encontrase ajustadas a derecho todas las actuaciones de la Administración Distrital de Santa Marta, en la contratación pública N° 092 de 2002". El a quo concluyó que el contrato N° 092 de 2002 no comporta "el ejercicio por parte del contratista de funciones públicas indelegables en particulares, razón por la cual el mismo contrato indica en su cláusula 5ta parágrafo 1° que su alcance debe entenderse limitado a la modernización del sistema tributario y los conceptos de asesoría y apoyo logístico y operativo en ellas señaladas".

1.2.5. El 23 de enero de 2009, el Distrito de Santa Marta y la Sociedad R&T suscribieron el otro sí N°. 01 al contrato N°. 092 de 2002, para incluir dentro de las obligaciones del contratista la recuperación de la cartera en mora del impuesto de alumbrado público.

1.2.6. El 21 de mayo de 2010, el Congreso de la República expidió la Ley 1386, en la que se prohibió delegar en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devolución e imposición de sanciones de los tributos administrados por las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas. Adicionalmente, se dispuso que las entidades territoriales que tuvieran contratos vigentes sobre tales materias, deberían revisarlos de forma detallada y, en caso de que encontraran algún vicio que implicara su

nulidad, deberían proceder a adelantar las acciones legales procedentes. Finalmente, impuso a los organismos de control el deber de revisar de oficio los contratos de esa naturaleza celebrados por las entidades territoriales.

1.2.8. El 1° de septiembre de 2010, el Distrito de Santa Marta y R&T, dando cumplimiento a la orden del Tribunal Administrativo del Magdalena en la providencia de segunda instancia proferida dentro de la acción popular, suscribieron el otro sí N°. 02 al contrato N°. 092 de 2002, en el que se modificó la contraprestación que recibiría el contratista por el cumplimiento de sus obligaciones, reduciendo en un punto porcentual los rubros correspondientes al recaudo de cartera corriente y vencida, y eliminado el rubro equivalente al incremento anual del monto recaudo.

1.2.9. Mediante providencia del 21 de octubre de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió no seleccionar para revisión la sentencia proferida el 22 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con lo que ésta última decisión cobró firmeza e hizo tránsito a cosa juzgada.

1.2.10. En junio del 2011, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 1386 de 2010, la Contraloría Distrital de Santa Marta realizó una "auditoría gubernamental con enfoque integral modalidad especial practicada al contrato suscrito entre la empresa R&T y la Alcaldía Distrital de Santa Marta", en la que se concluyó que dicho contrato "no constituye ni comporta formal o materialmente la delegación de función alguna de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposiciones de sanciones, respecto de los tributos distritales".

1.2.11. El 29 de junio de 2011, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 1386 de 2010, la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Santa Marta dirigió al Alcalde Distrital del ente territorial, el informe de la revisión realizada al contrato N°. 092 de 2002 suscrito entre el Distrito y la Sociedad R&T, en el que concluyó que dicho contrato "no constituye ni comporta formal o materialmente la delegación de función alguna de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones, respecto de los tributos distritales".

1.2.12. En el marco del "control excepcional al acuerdo de restructuración de pasivos y vigencias futuras del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta-

vigencias 2009-2010", realizado en diciembre de 2011, la Contraloría General de la República identificó como un hallazgo dentro de su investigación que "el Distrito, con la suscripción del contrato 092 de 2002, presuntamente estaría incurriendo en la delegación de aquellas funciones que le son inherentes en la órbita de su gestión tributaria". Sin embargo, ni la investigación fiscal ni la disciplinaria derivadas de este control excepcional han declarado formalmente que se haya incurrido en delegación de funciones indelegables en materia tributaria.

1.2.13. Mediante Resolución N°. 039 de 2012, notificada mediante edicto, la Alcaldía Distrital de Santa Marta inició la actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad del contrato N°. 092 de 2002, y otorgó el término de 5 días a la sociedad R&T para que ejerciera su derecho de contradicción.

1.2.14. El actor considera que la resolución vulnera su derecho al debido proceso por las siguientes razones:

1.2.14.1. Aduce que la Alcaldía Distrital de Santa Marta no tiene competencia para revisar el contrato N°. 092 de 2002, pues con ello desconoce los fallos judiciales proferidos por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, el Tribunal Administrativo del Magdalena y la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como el concepto de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito, los cuales determinaron que el contrato referido no comportaba el ejercicio de funciones públicas indelegables por parte de particulares.

1.2.14.2. Indica que la Alcaldía amenaza seriamente el derecho de defensa de la sociedad, por cuanto el término otorgado para adelantar la actuación es de 5 días, lapso que es irrazonable y desproporcionado.

1.2.14.3. Sostiene que en la Resolución Nº. 039 de 2012, la Alcaldía de Santa Marta no motivó de manera clara y precisa las materias que van a ser objeto de revisión.

1.2.14.4. Señala que en la actuación de la Alcaldía se advierte una vulneración del principio de imparcialidad, toda vez que de las declaraciones que en distintos medios de comunicación ha realizado el Alcalde de Santa Marta, se puede colegir que la autoridad administrativa previamente ha decidido dar por terminado el contrato, con lo que cualquier esfuerzo de ejercer el derecho de defensa por parte de R&T será inútil.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta admitió la demanda y ordenó notificarla a la Alcaldía Distrital y a la Secretaría de Hacienda Distrital de Santa Marta, con el fin de que ejercieran el derecho de defensa y contradicción.

Notificadas de su vinculación, la Alcaldía Distrital de Santa Marta no allegó respuesta alguna a la solicitud elevada.

Por su parte, la Secretaría de Hacienda Distrital de Santa Marta emitió el informe requerido de manera extemporánea, narrando los mismos hechos hasta ahora conocidos a través de la acción de tutela. Adicionalmente, adjuntó el documento Nº. 2012EE25151 del 30 de abril de 2012, mediante el cual la Contralora Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras advirtió que el contrato Nº. 092 de 2002 constituye una delegación al contratista de facultades de fiscalización, investigación de bienes, liquidación y cobro coactivo.

1.4. DECISIONES DE INSTANCIA

1.4.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el ocho (8) de mayo de 2012, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta concedió el amparo al derecho fundamental al debido proceso administrativo de la sociedad R&T, argumentando que si bien "no se aprecia el quebrantamiento del derecho en los términos que lo expone el tutelante, habida consideración que el estudio jurídico judicial no se hizo con fundamento en la Ley 1386 de 2010, sino en las vigentes para la época en que se promovió la acción popular", sí le asistía razón cuando sostuvo que como contratista de la administración pública, gozaba de estabilidad jurídica, toda vez que el contrato N° 092 de 2002 había sido objeto de revisión a través de la Oficina Asesora Jurídica, la que remitió un informe el 29 de junio de 2011, en el que concluyó que aquel no implicaba delegación de funciones de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones e imposición de sanciones de los tributos conforme a la Ley 1386 de 2010. "Por ello, la ejecutoriedad del acto de la Alcaldía Distrital de Santa Marta, en virtud del cual agotó el deber legal de adelantar la revisión del contrato en cita, implica que ha sido expedido conforme a los principios legales

para el efecto, y en consecuencia es obligatorio para el administrado y para la administración".

Igualmente, manifestó que, atendiendo a la complejidad del asunto, el término concedido por el Distrito de Santa Marta al accionante para que ejerciera su derecho de defensa es irrisorio, y aun cuando no existe disposición legal expresa que imponga un plazo para estos casos, lo cierto es que el mismo debe ser razonado y adecuado, teniendo en cuenta lo pretendido por la actuación administrativa.

Por último, dado que la Secretaría de Hacienda Distrital de Santa Marta emitió el informe requerido de manera extemporánea, el a quo aplicó la presunción de veracidad frente a los hechos narrados por el accionante. Sin embargo, no desconoció la existencia de un oficio anexo al escrito en cuestión, procedente de la Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras, a través del cual le formuló al Alcalde Distrital, advertencia respecto al contrato de concesión N°. 092 de 2002.

Con respecto a este punto, el a quo criticó la actuación de la Contraloría Distrital y de la Nacional, aduciendo que al existir posiciones contrarias de parte de los dos órganos de control fiscal (pues en un extremo la Contraloría Distrital sostiene que no existe delegación de funciones no permitidas, y en el otro la Contraloría Nacional informa que sí se verifica una indebida delegación), se estaba poniendo a la sociedad R&T en una situación que no tenía la obligación de soportar.

1.4.2. Impugnación

1.4.2.1. Dentro de la oportunidad legal prevista, el accionante impugnó la decisión de primera instancia, argumentando que no obstante la providencia resultó favorable a los intereses de la sociedad R&T, solo lo fue parcialmente, por cuanto no declaró la vulneración del derecho al debido proceso de la empresa a causa de la falta de competencia de la Alcaldía Distrital de Santa Marta para iniciar la actuación administrativa, con ocasión del acaecimiento del fenómeno de cosa juzgada judicial y administrativa sobre las materias que irregularmente se pretenden revisar en la actuación iniciada con la Resolución N°. 039 de 2012.

Así mismo, señaló que el juez de primera instancia incurrió en contradicción, toda vez que

pese a declarar que en relación con la validez del contrato existían decisiones judiciales que se encontraban ejecutoriadas y que gozaban de fuerza de cosa juzgada, se abstuvo de amparar el derecho al debido proceso de la sociedad accionante, por considerar que tales providencias no habían realizado un estudio de legalidad del contrato a la luz de la Ley 1386 de 2010, obviando –en su criterio- que la validez de un contrato debe estudiarse con base en las normas vigentes al momento de su suscripción.

Además, aseguró que el juez de instancia se equivocó al establecer que la Administración Pública goza de la facultad de terminar unilateralmente los contratos conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, lo anterior debido a que si bien la Administración tiene una posición de supremacía en sus relaciones jurídicas con los particulares, el poder jurídico que de ella se deriva sólo se puede ejercer en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley, las cuales no se encuentran acreditadas en el presente caso.

De esta forma, concluyó el accionante que algunos apartes de la ratio decidendi de la providencia no resultaban conformes con el deber de protección de los derechos e intereses constitucionales comprometidos, por lo que persiste la violación de los derechos invocados.

1.4.2.2. Por su parte, el accionado también impugnó la decisión de primera instancia, pero no dio a conocer los motivos de su inconformidad.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de 2012, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta confirmó el fallo impugnado. El ad quem resaltó que el inconformismo de la entidad accionante radica en que como el juez de la acción popular se pronunció sobre la legalidad del contrato N° 092 de 2002, el Alcalde no puede iniciar una actuación que pretenda darlo por terminado. El despacho consideró que tal afirmación no es cierta en el caso en particular, ya que la Administración Distrital lo que hizo fue iniciar un procedimiento administrativo tendiente a aplicar el inciso 2° del artículo 1 de la Ley 1386 de 2010, no a dar por terminado el contrato.

No obstante, advirtió a la Alcaldía de Santa Marta que como en el presente caso se observa que la situación irregular que pretende demostrar no corresponde a alguno de los supuestos

establecidos en la ley para que se pueda dar la terminación unilateral del contrato N°. 092 de 2002, la única opción que tendrá para buscar tal consecuencia será la de demandar judicialmente la declaración de nulidad del contrato, en aras de garantizar el debido proceso de la sociedad.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas relevantes:

1.5.1. Copia del certificado de existencia y representación legal de la empresa R&T, expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla.

1.5.2. Copia de la Resolución N°. 039 de 2012, por medio de la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad del contrato N°. 092 de 2012.

1.5.3. Copia del contrato celebrado entre el Distrito de Santa Marta y la empresa R&T, para la modernización del sistema y la gestión de los recaudos tributarios de la entidad.

1.5.4. Copia del otro sí N°. 1 al contrato N°. 092 de 2002, celebrado entre el Distrito de Santa Marta y la empresa R&T.

1.5.5. Copia del otro sí N°. 2 al contrato N°. 092 de 2002, celebrado entre el Distrito de Santa Marta y la empresa R&T.

1.5.6. Copia de la demanda de acción popular instaurada por el señor Alberto Ovalle Goenaga, tendiente a obtener la suspensión del contrato N°. 092 de 2002.

1.5.7. Copia de la decisión de segunda instancia de la acción popular instaurada por el señor Alberto Ovalle Goenaga, tendiente a obtener la suspensión del contrato N°. 092 de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena el veintidós (22) de julio de 2010.

1.5.8. Copia del auto de no selección para revisión eventual por el Consejo de Estado, de la acción popular instaurada por el señor Alberto Ovalle Goenaga, tendiente a obtener la suspensión del contrato N°. 092 de 2002.

1.5.9. Copia del informe definitivo de la auditoría practicada por la Contraloría Distrital de Santa Marta al contrato celebrado entre la Alcaldía Distrital de Santa Marta y la empresa R&T.

1.5.10. Copia del informe de la revisión realizada por la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Distrital de Santa Marta al contrato celebrado entre la Alcaldía Distrital de Santa Marta y la empresa R&T.

1.5.11. Copia del informe de auditoría correspondiente al acuerdo de restructuración de pasivos y vigencias futuras excepcionales del Distrito de Santa Marta-vigencias 2009-2010, realizado por la Contraloría General de la República.

1.5.12. Copia de la Circular N°. 041 de 2010 expedida por la Procuraduría General de la Nación, en la que se prohíbe la entrega a terceros de la administración de tributos y solicitud de reporte de información.

1.5.13. Copia del Decreto 061 de 2012, por medio del cual se unifica la delegación de unas funciones y se dictan instrucciones de racionalización normativa del Distrito de Santa Marta.

1.6. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. El Alcalde del Distrito de Santa Marta allegó escrito adiado a 14 de septiembre de 2012, en el que solicita a la Corte Constitucional la selección para revisión, del proceso de la referencia. En éste mismo escrito hizo alusión a la Sentencia T-387 de 2009, en la que el Alto Tribunal precisó que no constituye per se, violación al debido proceso, la declaración de nulidad absoluta de un contrato mediante acto administrativo.

1.6.2. La Contraloría General de la República allegó documento adiado a diecinueve (19) de octubre de 2012, en el que declara la intención de coadyuvar la solicitud presentada por el Alcalde del Distrito de Santa Marta, con el fin de que este caso fuera seleccionado para su revisión.

2. NULIDAD DE SENTENCIA DICTADA POR LA SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN

2.1. La Sala Séptima de Revisión mediante sentencia proferida el doce (12) de

diciembre de 2012, determinó que la tutela interpuesta por el accionante era procedente, debido a que la empresa demandante, al momento de interponerla, se hallaba ante la inminencia de un perjuicio irremediable de naturaleza isufundamental derivado de (i) la falta de motivación del acto administrativo y (ii) el término irrazonable que le fue concedido para ejercer su derecho de defensa, circunstancias éstas que además vulneraban el debido proceso, y más específicamente, el derecho de defensa de la sociedad R&T.

Así mismo, en dicha sentencia se advirtió a la Alcaldía del Distrito de Santa Marta que si bien a la luz de la Ley 1386 de 2010 era competente para revisar el contrato materia de controversia, carecía de competencia para terminarlo unilateralmente, so pena de incurrir en una vía de hecho por defecto orgánico, ello por cuanto el fundamento de la Resolución Nº. 039 de 2012 no se relaciona con los supuestos establecidos en los artículos 17, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, ni en el artículo 87 del CCA[1], por lo que se concluyó que la única opción que tenía el ente territorial para dar por terminado el contrato Nº. 092 de 2002, era demandar judicialmente su nulidad, con lo cual se garantizaría el derecho al debido proceso de la entidad accionante.

2.2. El Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva salvó su voto en la sentencia de la referencia, porque consideró que en ésta no existía claridad sobre algunos aspectos importantes para tomar la decisión en ella adoptada. A continuación se transcribirán las razones expuestas en esa oportunidad:

“1. El caso que se estudia gira en torno a la Resolución No. 039 de 2012 de la Alcaldía Distrital de Santa Marta, mediante la cual se le notificó a la sociedad Recaudos y Tributos S.A que el contrato 092 de 2002 sería revisado, en la misma, se le otorgó 5 días para ejercer su derecho de defensa. Sin embargo, solo se conoce un fragmento de dicho acto administrativo que es citado en el pie de página No. 32 de la sentencia, de manera que no es posible saber solo con el párrafo que se conoce si existían o no otras oportunidades en el proceso para defender los intereses de la sociedad, o si habría una etapa probatoria, entre otros.

2. Por otra parte, al reseñar las providencias de primera y segunda instancia, se informa que las mismas concedieron el amparo, pero no se especifica qué decisión tomaron concretamente respecto a la Resolución, en consecuencia, considero que no hay plena

certeza sobre las órdenes que en esta ocasión se están confirmando, toda vez que no existe claridad a cerca de los efectos que tuvieron en la Resolución demandada.

3. Adicionalmente, considero que los argumentos que sustentan la ocurrencia de un perjuicio irremediable en cabeza de Recaudos y Tributos S.A. no son suficientes teniendo en cuenta que:

(i) Como se mencionó anteriormente no se conoce el texto completo de la resolución y por lo tanto no es claro si está o no suficientemente motivada,

(ii)Considero que el argumento según el cual el término otorgado a la empresa accionante para que ejerciera su derecho de defensa es irrisorio, no sustenta por si mismo una vía de hecho, pues se basa en el artículo 58 del código contencioso administrativo que dispone el término del periodo probatorio (entre 10 y 30 días), pero al no estar claro el contenido completo de la Resolución, no es posible saber si después del ejercicio del derecho de defensa existiría un término probatorio en el que pudieran ser ampliados y reforzados mediante los métodos probatorios pertinentes las razones de la defensa de la sociedad accionante.

(iii)En último lugar, una de las principales razones por las que se considera que existe un perjuicio irremediable en cabeza de Recaudos y Tributos S.A. es, porque con la revisión del contrato se podría llegar a una declaratoria de nulidad en sede judicial del mismo. A mi juicio, este argumento no resulta constitucionalmente admisible puesto que un proceso judicial no puede ser tomado como un perjuicio irremediable, máxime si, evidentemente las dos partes involucradas en el asunto cuentan con la asesoría necesaria para defenderse en un litigio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde deben respetarse todas las garantías del debido proceso. En suma, considero que la decisión adoptada en la presente Sentencia, no refleja el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela pues la sociedad accionante lejos de estar ante un perjuicio irremediable, podría haber acudido ante el juez natural para impugnar la Resolución que fue objeto de debate".

2.3. El nueve (9) de mayo de 2013, el apoderado judicial de la Alcaldía de Santa Marta radicó dentro del término legal para ello, solicitud de nulidad de la sentencia T-1082

de 2012, sustentado su petición en los siguientes fundamentos:

2.3.1. Señaló inicialmente que la sentencia T-1082 de 2012 constituía un flagrante desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, pues la acción de tutela no se encuentra instituida para resolver asuntos contractuales, toda vez que para ello existe la vía ordinaria; aunado a ello indicó que no se requiere el inicio de una actuación administrativa para terminar unilateralmente un contrato estatal, como quiera que esa decisión la puede tomar la entidad cuando encuentre acreditada alguna causal para tal fin.

2.3.2. Finalmente manifestó que la Sala se contradijo al aseverar que el Distrito de Santa Marta i) sí es competente para revisar el contrato de concesión suscrito con R&T y ii) no es competente para terminarlo unilateralmente, afirmaciones que, en criterio del peticionario, generan dudas acerca del alcance de la decisión proferida.

2.4. La Sala Plena de esta Corporación en Auto 155 del 28 de mayo de 2014, decidió declarar la nulidad de la sentencia T-1082 de 2012, en primer lugar, por haberse incurrido en la causal de nulidad de cambio del precedente respecto a la improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales y la valoración del perjuicio irremediable, y en segundo lugar, porque también se había alterado la jurisprudencia en vigor sobre la competencia de las entidades territoriales para terminar unilateralmente un contrato estatal cuando advirtieran que su objeto es contrario a expresa prohibición constitucional o legal.

En consecuencia, procede la Sala Plena a dictar la sentencia de reemplazo.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver las siguientes preguntas: ¿la acción de tutela es procedente para revocar y dejar sin efectos la Resolución N°. 039 de 2012, mediante la cual la Alcaldía

Distrital de Santa Marta inició la actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad del contrato N° 092 de 2002? De ser procedente la acción de tutela para revocar y dejar sin efectos la resolución de que se trata, el problema jurídico será determinar si ¿la Alcaldía del Distrito de Santa Marta vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad R&T al proferir la Resolución Nº. 039 de 2012, por no motivar de manera clara y precisa las materias objeto de revisión, otorgar un término de cinco días a R&T para ejercer el derecho de defensa e iniciar la revisión del contrato pese a la existencia de fallos judiciales previos que no encontraron que su objeto fuera contrario a la Ley 1386 de 2010?

Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala analizará: i) la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela; ii) la improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales; y iii) el debido proceso administrativo. Posteriormente se pasará a resolver el caso concreto.

3.3. NATURALEZA SUBSIDIARIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia[2], que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: i) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o iii) cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental.

De la idoneidad de los otros medios de defensa judicial y de la figura del perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, se pasará a hablar a continuación.

Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así, se ha indicado en múltiples oportunidades[3] que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, en principio, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política.

Ahora bien, ¿cómo determinar si la persona en efecto dispone de otro medio de defensa judicial? Para resolver el anterior interrogante es necesario hacer alusión a algunos fallos en los cuales la Corte se ha referido a este tema.

En un acercamiento inicial a la temática, encontramos la sentencia T- 003 de 1992[4], en la que la Corte al revisar el caso de una persona que había sido elegida como Contralora Departamental del Huila, pero que no fue posesionada por el Gobernador del Departamento sin razón alguna, precisó cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere idóneo para la protección de los derechos fundamentales. En palabras del Alto Tribunal:

"(...) el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debe interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho".

En el mismo sentido, la sentencia citada expresó que son aceptables como medios de defensa judicial, aquellos que cumplan con las siguientes características, a saber:

"(…) aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho. En este sentido, no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado.

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado".

Conforme a esta posición, la Corporación concedió el amparo solicitado, argumentando que las circunstancias fácticas analizadas encajaban dentro de los caracteres esenciales de la tutela, vale decir, "la subsidiariedad y la inmediatez, la primera por cuanto no existe mecanismo alternativo para la defensa del derecho y la segunda porque la resolución

pronta de la acción de tutela resulta indispensable para que no siga transcurriendo el periodo sin una certidumbre de la peticionaria sobre el ejercicio que dentro de él le corresponde mientras su elección goce de la presunción general de validez".

Respecto a los mecanismos alternativos para la defensa de los derechos de la accionante, en esta tutela la Corte precisó que ellos no eran idóneos, por cuanto el caso en estudio no se trataba solamente de resolver si habían sido atendidos los requerimientos formales y de fondo exigidos para la elección como Contralora de la actora, o cualquier otro requisito de la validez de dicho acto de elección, caso en el que se contaba con las vías judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que, se dijo, el problema jurídico planteaba una hipótesis de eficacia de un derecho constitucional fundamental, por lo que era necesario examinar el posible perjuicio irremediable que podía sufrir la demandante, lo cual escapaba a la órbita de vías alternativas de defensa judicial y se enmarcaba dentro del objeto de la acción de tutela.

Posteriormente, en la sentencia T-006 de 1992[5], en la que la Corte estudió un caso referente a la condena penal impuesta a unas personas tras haber sido encontradas culpables por la comisión de ciertos delitos, y quienes manifestaron que durante el trámite del proceso penal fueron resueltas algunas obligaciones civiles, vulnerándoseles con ello su derecho al debido proceso, respecto al tema de la verificación de la existencia de otro medio de defensa judicial, se precisó lo siguiente:

"Para determinar si se dispone de otro medio de defensa judicial, no se debe verificar únicamente, como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia, si el ordenamiento contempla expresamente una posibilidad legal de acción. No se trata de garantizar simplemente el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (CP art. 229), sino el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, debe determinarse, adicionalmente, si la acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados.

Esta interpretación consulta, de otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita por Colombia, que en su artículo 25 ordena: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales

competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Y no de otra manera podría ser, ya que la real existencia de medios judiciales de defensa no se suple con una existencia formal o de mero papel. Para que ésta pueda predicarse requiere que los medios sean eficaces y aptos para remediar la vulneración o eliminar la amenaza. Si el medio existe, pero es tardío, lo que lo hace ineficaz, determina la procedencia de la acción (…)". (Subrayado fuera del texto).

En la parte resolutiva de esta providencia, la Corporación revocó la sentencia de tutela objeto de revisión, la cual había sido proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y le ordenó a dicha corporación que en un término perentorio procediera a fallar de fondo de acuerdo a los lineamientos esbozados en el fallo de revisión; ello por cuanto consideró que el afectado había hecho uso de los medios de defensa judiciales ordinarios hasta agotarlos, sin obtener efectiva protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, por lo que no disponía de otro medio de defensa judicial.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, en la sentencia T-175 de 1997[6], al revisar varios casos de funcionarios de la Rama Judicial que solicitaron el pago de sus cesantías parciales sin obtenerlo, y en muchos casos, sin que se les hubiesen respondido sus peticiones, la Corte manifestó que no es suficiente para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra, manifestó que 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. Al respecto, en la providencia se dijo expresamente que:

"(…) No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados:

Ello quiere decir que un medio judicial, para que pueda ser señalado al actor como el procedente, en vez de la tutela, con miras a su protección, debe ser eficaz, conducente y estar dotado de su misma aptitud para producir efectos oportunos, ya que no tendría objeto

alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento teórico, por el sólo hecho de estar previsto en norma legal, si, consideradas las circunstancias del solicitante, no puede traducirse en resolución judicial pronta y cumplida que asegure la vigencia de la Constitución en el caso particular de una probada vulneración o amenaza de derechos fundamentales. Tal imposición atentaría contra la eficacia de la administración de justicia y pondría en grave riesgo los postulados del Estado Social de Derecho, haciendo inoperantes no pocas garantías constitucionales".

En ese caso, este Tribunal decidió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al trabajo y a la vida digna de los accionantes, por cuanto consideró la falta de idoneidad del medio ordinario (proceso contencioso administrativo), derivada de las circunstancias particulares en que se encontraban los actores, quienes obtenían su congrua subsistencia de lo devengado de sus trabajos, por lo que no podían esperar todo el tiempo que durara dicho proceso para el amparo de sus derechos, so pena de causárseles un perjuicio irremediable. Por ello, el amparo se dio hasta que los actores acudieran a la jurisdicción contenciosa a reclamar sus derechos.

Posteriormente, la Sala Plena de esta Corporación resumió en la sentencia SU-1070 de 2003[7], la jurisprudencia existente hasta ese momento respecto a lo que se entiende como la "existencia de otro medio de defensa judicial". En esa oportunidad, la Corporación se ocupó de una acción de tutela interpuesta por una sociedad que había celebrado con el INVIAS un contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. La accionante solicitaba la protección transitoria de sus derechos al debido proceso, al buen nombre y a la igualdad, los cuales estimaba vulnerados por la actuación administrativa del INVIAS a través de la cual se había declarado la caducidad del mencionado contrato, bajo el argumento de que la entidad estatal había omitido comunicar o notificar la iniciación de la mencionada actuación administrativa.

Este Tribunal señaló que, de acuerdo a la jurisprudencia, dado el carácter subsidiario de la tutela, cuando el accionante dispone de otro mecanismo judicial, el juez de tutela ha de analizar: i) si dicho medio es idóneo y eficaz, y en caso de que la respuesta resulte afirmativa, ii) si se presenta una amenaza de perjuicio irremediable que amerite que la tutela proceda como mecanismo transitorio.

Esta Corte sostuvo que la idoneidad y eficacia del remedio judicial alternativo, deben ser apreciadas en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del solicitante, así como los derechos constitucionales fundamentales invocados.

Específicamente, en cuanto a la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial, la Corporación precisó que dicho examen no puede restringirse a determinar cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si ello fuera así, la acción de tutela desplazaría a las demás jurisdicciones, ya que siempre será más rápida por los principios que la rigen. Por ello, se dijo que aquél análisis impone tomar en cuenta si el juez ordinario está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar también remedios adecuados según el tipo y la magnitud de la vulneración.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, en el caso referido la Corte Constitucional decidió que las accionantes contaban con un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz al cual podían acudir (acciones contractuales y nulidad y restablecimiento del derecho) y, al no encontrarse en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable frente al derecho al debido proceso administrativo, denegó el amparo solicitado.

Luego, en la sentencia T-764 de 2008[8], al estudiar el caso de unos trabajadores y ex trabajadores de la sucursal de una sociedad extranjera domiciliada en Colombia, que inició proceso liquidatorio y desde entonces dejó de incrementar el salario por ellos devengado de acuerdo a los porcentajes ordenados en la ley, respecto a la existencia de otro medio de defensa judicial, este Tribunal precisó que:

"(…) el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución clara, definitiva y precisa a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional y su aptitud para proteger los derechos invocados. En consecuencia, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela". (Subrayado fuera del texto).

Para valorar el medio de defensa alternativo, la providencia estimó conducente tomar en consideración, entre otros aspectos, los siguientes:

"i) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela; y ii)

el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales. Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial alterno de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se alegan lesionados. De ser ineficaz, la acción de tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al mismo, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"[9].

En esta oportunidad, la Corte decidió negar el amparo solicitado, tras observar que los accionantes debían haber hecho su reclamación formal dentro del proceso liquidatorio en el cual se encontraba incursa la empresa accionada, por cuanto los salarios y mesadas pensionales, sean anteriores o posteriores a los procesos liquidatarios, constituyen gastos de administración que deben ser cancelados de preferencia en dichos procesos, a fin de no comprometer ni vulnerar derechos fundamentales. Además, consideró que de la situación concreta no se desprendía la existencia un inminente perjuicio irremediable.

El alcance de los anteriores criterios fue precisado en la sentencia de Sala Plena SU-339 de 2011[10], en la que se estudió el caso de una persona que participó en un proceso de selección para proveer el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, y quien no fue incluido en la lista de la terna de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, a pesar de reunir los requisitos señalados por el artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, mientras que ninguno de los integrantes que sí fueron incluidos en dicha terna, cumplían las condiciones legales. En esa oportunidad, respecto al alcance del artículo 86 Constitucional y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena de esta Corporación precisó:

"(…) para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio ponderado del mecanismo 'ordinario' previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante".

Para resolver el caso concreto, en esa oportunidad la Corte hizo alusión a que, en principio se podría considerar que la acción de tutela era improcedente, por cuanto el accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial, como las acciones contenciosas administrativas, y porque adicionalmente no se había acreditado la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable. No obstante, como en el caso sub examine el cargo por el que concursó el actor no había sido provisto, es decir, no se había elegido al Director Ejecutivo de Administración Judicial, de manera que no se habían consolidado derechos en cabeza de terceras personas, la tutela se declaró procedente, y se consideró que esa circunstancia fáctica permitía que dicha acción desplegara todo su potencial de protección de los derechos fundamentales en juego, e impedía que se consolidara la afectación, en cabeza del accionante, del debido proceso administrativo y del derecho a acceder a cargos públicos.

Adicionalmente, indicó que las acciones contenciosas no eran idóneas, por cuanto no se tramitaban en un plazo razonable que permitiera una solución oportuna del conflicto surgido. A continuación, se concedió el amparo solicitado y se ordenó la conformación de la terna, recomponiéndola total o parcialmente.

Reiterando la posición anterior, y yendo un poco más allá, la sentencia T-1078 de 2012[11], en la que se revisó si los derechos de la peticionaria a la identidad, a la familia, a la justicia, a la reparación, a la libertad, a la integridad sexual y a la dignidad humana, le fueron vulnerados por el accionado, al parecer por haberla extraído de su casa cuando era apenas una niña, por haberla forzado a realizar trabajo doméstico sin remuneración, aproximadamente a la edad de 15 años, y por haberla sometido, posiblemente, a maltratos y hasta a abusos sexuales, la Corte, respecto a los factores a tener en cuenta para establecer la idoneidad de los medios ordinarios de defensa, sostuvo que no se puede declarar improcedente la acción de tutela bajo el argumento de que el interesado dejó prescribir o caducar los otros mecanismos de defensa que tenía a su alcance, cuando de las particularidades del caso se desprendía que ello ocurrió por la situación compleja en que se encontraba incursa la persona, lo que le dificultaba afrontar ciertas circunstancias y acceder a ellos; lo mismo sucede cuando el otro mecanismo de defensa no tenga como finalidad lo requerido por el interesado. En palabras del Alto Tribunal:

“Amalia no dispone de otros mecanismos judiciales de defensa. En la actualidad, como

indicó el juez de primera instancia, las eventuales acciones penales que se hubieran podido adelantar contra los demandados ya prescribieron, y las acciones de responsabilidad civil ya caducaron. Sin embargo, a juicio de la Sala, de un lado, la prescripción y caducidad de las acciones no puede ser imputada a la demandante y, de otro lado, tales acciones no eran en todo caso idóneas para la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria.

En efecto, no puede declararse improcedente la tutela bajo el argumento de que Amalia dejó caducar y prescribir los mecanismos judiciales que tenía a su alcance, pues tal argumento desconoce la complejidad de los fenómenos de trata de personas y sometimiento a trabajo forzoso, en particular la dificultad que tienen las víctimas para auto reconocerse como tales y superar su miedo frente a los perpetradores para denunciar (…).

Por otra parte, erró también el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Garantía de Bogotá al sostener que la demandante debía haber acudido a la acción penal. Para la Sala, la acción penal no es el único mecanismo de defensa de los derechos de la demandante y tampoco el más idóneo, pues (i) la demandante no busca la condena penal de sus victimarios sino la tutela de sus derechos fundamentales, y (ii) la protección de la víctima en el proceso penal está supeditada a la comprobación de la existencia de un delito.

Adicionalmente, en criterio de la Sala, las acciones de reparación civil tampoco eran idóneas en este caso, pues su finalidad es simplemente reparatoria y suponen la existencia de daños ya causados, es decir, no sirven para poner fin a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales con independencia de los daños acaecidos”.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte decidió que la tutela era procedente y amparó los derechos fundamentales de la accionante a la identidad, a la familia, a la justicia, a la verdad, a la reparación, a la integridad, a la libertad sexual y a la dignidad humana, tras argumentar que la acción de tutela era el mecanismo más idóneo para la protección de las garantías fundamentales de la demandante, pues aseguraba la realización de los derechos de las víctimas y atendía a la complejidad del fenómeno de trata de personas.

La Sala aclaró que el análisis que se llevó a cabo no se realizó desde la perspectiva penal, sino desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la víctima, teniendo en cuenta que los fenómenos de trabajo forzoso, trata de personas e incluso esclavitud, conllevan la vulneración grave de varios derechos de la víctima, razón por la que son proscritos por el derecho internacional y por el artículo 17 de la Constitución.

Siguiendo con la línea jurisprudencial, la sentencia T-113 de 2013[12], a través de la cual se estudió el caso de una persona que interpuso tutela para la protección de su derecho al debido proceso, el cual consideraba vulnerado por la Fiscalía General de la Nación, quien emitió resolución de acusación en su contra por el delito de cohecho, pese a no tener competencia para ello, insistió en que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela, pues éste debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Además, manifestó que el medio judicial adicional debe ser eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho. Para determinar la concurrencia de estas dos características, según la sentencia citada, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse:

"(…) i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración".

En virtud de lo anterior, se negó el amparo solicitado por el accionante, pues se dijo que la competencia para resolver el asunto era de la Corte Suprema de Justicia; además, la Sala estimó que no se había acreditado la existencia de inminente perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo.

Pasando a la amenaza de perjuicio irremediable, esta Corporación ha dicho que se caracteriza por "ser un daño inminente, cierto, evidente, de tal naturaleza que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño, y de tal magnitud que hiciere impostergable la

tutela”[13].

Al respecto, la Corte al proferir la sentencia T-225 de 1993[14], en la que se resolvió el caso de una comunidad asentada en el municipio de Nariño, Cundinamarca, cuyos miembros sostenían que se les estaba afectando su derecho fundamental al agua potable, pues el acueducto local era insuficiente para que 260 personas accedieran a una adecuada prestación del servicio, respecto a los elementos que componen el perjuicio irremediable, sostuvo que debe ser inminente, que las medidas que se requieran para conjurarlo deben ser urgentes y que éste debe ser grave. En palabras de este Tribunal:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética (…). Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados

bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (…). Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

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

Además se consideró en esta sentencia que "el fundamento de la figura jurídica del inminente perjuicio irremediable, es un daño o menoscabo grave en un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas".

En esa oportunidad, la Corte decidió declarar improcedente el amparo solicitado, argumentando que la comunidad de Nariño no se encontraba ante una amenaza inminente de sus derechos fundamentales que requiriera medidas urgentes e impostergables, pues si la administración municipal desarrollaba adecuadamente el plan de ampliación del suministro de agua presentado ante la Gobernación de Cundinamarca, los habitantes de Nariño no estarían sometidos a un posible menoscabo de sus derechos, al requerirse en el futuro una mayor demanda de este servicio. Entonces, al no presentarse los elementos

necesarios para declarar la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable, la Corte consideró que resultaba clara la existencia de otro medio de defensa judicial que perfectamente podía proveer protección a los intereses de esta comunidad.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la sentencia SU-712 de 2013[15], en la que la Corte revisó el caso en el que el Procurador General de la Nación inició oficiosamente indagación preliminar en contra de una Senadora de la República, por supuestos vínculos con grupos al margen de la ley, y continuó con el proceso disciplinario, pese a que la accionante manifestó que el Jefe del Ministerio Público carecía de competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los miembros del Congreso, la Corte manifestó respecto de la amenaza del perjuicio irremediable:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable".

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, en esta sentencia se precisan los elementos característicos de la amenaza de perjuicio irremediable que se deben acreditar para que la acción de tutela proceda, los cuales pueden extenderse a asuntos disciplinarios. A saber, dichos elementos son:

"(i) Es necesario que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia Y/o acto administrativo puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia y/o acto administrativo ha de amenazar con

hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos.

(iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención.

(iv) Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas impugnadas".

El Tribunal decidió denegar la solicitud de amparo con base en razones de fondo que no son del caso ventilar en esta oportunidad, sin embargo, respecto a la procedencia de la acción de tutela, manifestó que aun cuando ésta es de naturaleza subsidiaria y residual, excepcionalmente constituye un mecanismo idóneo para controvertir ciertos actos sancionatorios, "particularmente en circunstancias como las que ahora ocupan la atención de la Corte, donde se debate el alcance de las competencias constitucionales de los órganos de control en relación con los congresistas, se discuten asuntos que pueden afectar el ejercicio de derechos políticos -de notable importancia en una democracia constitucional-, y se compromete en alto grado el ejercicio de otros derechos fundamentales".

No obstante, también se puntualizó que la procedencia de la acción no implica que por ese solo hecho se hayan vulnerado los derechos fundamentales invocados, sino que simplemente se habilita al juez constitucional para adentrarse en el análisis material del asunto con miras a determinar si debe o no concederse la protección invocada.

Reiterando las anteriores consideraciones, la sentencia T-060 de 2013[16], al estudiar el caso referente a unos detectives del DAS que fueron informados de su reubicación en otros empleos creados en otras entidades, y quienes solicitaron a través de la tutela ser incluidos en el retén social de la entidad suprimida, explicó, en cuanto a la valoración de los elementos de la amenaza del perjuicio irremediable, que:

“(…) la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc”.

En ese caso, el Tribunal decidió declarar improcedente el amparo solicitado, argumentando que los accionantes contaban con mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces a través de los cuales podían alegar los hechos allí planteados y resolver el conflicto laboral expuesto en la solicitud de tutela, máxime si se tenía en cuenta que no se configuraba una amenaza de perjuicio irremediable por cuanto: i) la situación en que se encontraban los accionantes no exigía medidas inmediatas, pues estaban recibiendo un salario; ii) la urgencia que podían tener los accionantes radicaba en que debían seguir laborando, y para la Sala esta no es una carga desproporcionada; y iii) no existía gravedad de los hechos, porque el derecho pensional de los accionantes se encontraba protegido, ya que en uno u otro régimen les sería reconocida una pensión, siempre y cuando cumplieran los requisitos.

Por último, esta Corporación ha destacado como común denominador, en eventos en que se deduce la inminencia de un perjuicio irremediable, las circunstancias de peligro o vulnerabilidad de los accionantes, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, “el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales de personas que dependen de su mesada o salario; el despidos colectivos de trabajadores aforados; el pago de salarios por afectación grave de la vida y subsistencia del accionante y de sus hijos cuando el cónyuge ha sido secuestrado; la orden para que se reconozca la pensión de sobrevivientes a quien dependía económicamente del causante; la orden para que se reconozca la pensión de invalidez a enfermos de SIDA; entre otras”[17].

A modo de conclusión, encontramos que acudir a la acción de tutela cuando existen

mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que será idóneo y eficaz el otro mecanismo de defensa cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancia particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas.

3.4. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ASUNTOS CONTRACTUALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia respecto al principio de subsidiariedad, existe una reiterada jurisprudencia de esta Corporación en torno a la improcedencia de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual. Tal postura puede remontarse a la sentencia T-594 de 1992[18], en la que esta Corporación, al estudiar el caso de una señora que había celebrado contrato de arrendamiento de un local comercial del municipio de Cereté, y a quien el nuevo Alcalde Municipal le dio por terminado dicho contrato, supuestamente por no haber obtenido su apoyo político en las elecciones,

sostuvo:

“El hecho de que la Constitución permee las normas inferiores del ordenamiento jurídico, entre ellas los contratos, a través de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no implica que dentro de todo contrato esté inmersa una discusión de rango iusfundamental que deba ser conocida por el juez de tutela. Para el conocimiento de controversias de tipo contractual se debe acudir al juez ordinario quien, por supuesto, debe iluminar su labor en la materia en la cual es especializado con la norma constitucional.

(…)

Considera la Corte que acudir a la tutela para solucionar controversias ajenas a los derechos fundamentales configura una tergiversación de la naturaleza de la acción que puede llegar a deslegitimarla para perjuicio de aquellas personas que verdaderamente necesitan de protección a través de este mecanismo”.

Tal precedente se refiere, según la providencia en cita, a:

“(…) las controversias contractuales que carecen de inmediata relevancia iusfundamental, es decir, aquellas en las cuales no están implicados derechos fundamentales, por el contrario, cuando en el marco de un disputa de carácter contractual están en juego garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no se puede excluir prima facie la procedencia de la acción de tutela, pues en este caso corresponderá al juez constitucional apreciar la naturaleza de la amenaza o vulneración de los derechos y decidir si existen o no medio ordinarios de defensa judicial que tengan la eficacia del mecanismo constitucional, o si existe un inminente perjuicio irremediable”.

En la parte resolutiva de esta sentencia, la Corporación declaró improcedente el amparo solicitado, argumentando que la tutela no procede cuando se intenta contra actos de particulares o del Estado, respecto de los cuales ya existen acciones y procesos definidos en la ley, como lo son las acciones de controversias contractuales.

Esta tesis también tiene antecedente temprano en la sentencia T-189 de 1993[19]. En ésta, la Corte estudió una controversia sobre un seguro de vida cobrado por la esposa de un ex magistrado del entonces Tribunal de Orden Público de Bogotá, que fue arrollado por un bus

de servicio público, y a quien la aseguradora se negó a pagarle el seguro de vida, aduciendo que éste, según el contrato, se causaría a favor de los empleados de la rama judicial cuando por causa y con ocasión del ejercicio de sus funciones, perdieran la vida en hechos violentos. Entonces, alegó la aseguradora que no había prueba del nexo causal entre la muerte del causante y el ejercicio de sus funciones.

En dicha oportunidad, este Tribunal respecto a la improcedencia de la acción de tutela para resolver asuntos contractuales, sostuvo que en principio, el reconocimiento y protección de derechos cuya fuente no provenga de la Constitución sino de la ley o de un contrato, no son materia de la jurisdicción constitucional sino de la legal, salvo que el no reconocimiento de la garantía de rango legal y/o contractual vulnere o amenace un derecho de carácter fundamental, situación en la que habilita la intervención del juez de tutela así sea de manera transitoria. Expresamente se manifestó en dicho fallo que:

"En principio, el reconocimiento de derechos cuya fuente primaria no provenga de su reconocimiento constitucional sino de la ley o del contrato, es materia de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Excepcionalmente, el no reconocimiento oportuno de un derecho de rango legal puede vulnerar o amenazar un derecho fundamental, lo cual habilita al afectado para solicitar su protección inmediata, así sea transitoriamente.

El criterio diferenciador para saber cuándo un derecho legal es tutelable remite a la estructura misma del derecho y a la existencia de conexidad directa e inmediata entre su no reconocimiento y la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

En cuanto a su estructura, existen derechos consagrados en la ley que son desarrollo de derechos constitucionales y cuyo no reconocimiento oportuno puede implicar la vulneración de estos últimos. Es, por ejemplo, el caso de la no prestación del servicio de salud en circunstancias de necesidad manifiesta que deviene vulneración o amenaza del derecho a la vida. Otros derechos legales dependen para su reconocimiento de la resolución de cuestiones litigiosas, como sucede en materia contractual, en donde se debate la existencia de obligaciones derivadas de una relación jurídica de carácter privado, situación en principio ajena a la materia constitucional al disponer el afectado de los medios ordinarios de defensa judicial. Además, no basta aseverar el desconocimiento de un derecho legal para

concluir la procedencia de la acción de tutela. En suma, es necesario que se demuestre una conexidad directa e inmediata entre el no reconocimiento del derecho legal y la consiguiente vulneración de derechos fundamentales". (Subrayado fuera del texto).

En la parte resolutiva de esta sentencia, la Corte decidió declarar improcedente el amparo solicitado, argumentando que la compañía aseguradora no actúo arbitrariamente al ejercer su derecho de objeción al pago de manera seria y fundamentada, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el deceso del magistrado, las cuales fueron esclarecidas en el proceso penal, descartándose la hipótesis de conexidad con el ejercicio de sus funciones judiciales. Además, sostuvo que una vez agotado el trámite para el reconocimiento del seguro, los interesados podían libremente ejercer las acciones legales para obtener el pago que la compañía aseguradora se negaba a hacer, pues para ello no es procedente la acción de tutela, ya que no se evidenciaba la vulneración de derecho fundamental alguno.

"(…) las controversias originadas directamente de las relaciones contractuales deben ser dirimidas por la justicia ordinaria y, en su caso, por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(…)

Empero, el hecho de que los valores que conforman la Constitución imperen también sobre la actividad contractual, no significa que los conflictos sobre esa materia adquieran automáticamente rango constitucional y puedan ser objeto de la acción de tutela. Ello supondría desconocer la existencia de otras jurisdicciones, sobrepasar los límites de la acción de tutela y sobrecargar, hasta el momento de la inercia, al juez constitucional.

Así, pues, el principio general es el de que la acción de tutela no procede para la resolución de los conflictos derivados de la actividad contractual. Para que el recurso de tutela en relación con contratos administrativos sea aceptable es necesario que los demás medios judiciales se revelen como insuficientes o inidóneos".

En esta sentencia, la Corporación concluyó que "(…) la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para ventilar los conflictos presentados en torno al referido contrato de suministro de carbón, pues ésta sólo procede cuando no existe otro medio idóneo y efectivo

de defensa judicial, situación que no se presenta en el caso, como quiera que a través de la mencionada acción contractual se puede no sólo determinar cuál de las partes no cumplió con sus obligaciones, sino también precisar lo relacionado con indemnizaciones y con otras declaraciones o condenas", por lo que declaró improcedente el amparo solicitado.

Dentro de este contexto, la sentencia T-1341 de 2001[21], a través de la cual este Tribunal revisó el caso en el que la Alcaldía Distrital de Barranquilla declaró terminado el contrato de consultoría celebrado entre ella e Inversiones los Ángeles Ltda., por cuanto adolecía de objeto ilícito por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal, pues la Ley 136 de 1994 prohíbe la delegación de cobro coactivo de asuntos tributarios, sostuvo:

"Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal. La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

(…) no era procedente la acción de tutela ni el respectivo amparo transitorio otorgado por el juez de tutela con el propósito de proteger a la sociedad contratista de los daños que se le hubiesen podido causar en sus bienes morales y materiales por la terminación unilateral del contrato de consultoría, pues la conducta que podía generar esos daños se concretó en el acto expedido por la Administración Distrital para dar por finalizado el contrato. De esta manera, la controversia por la objeción existente frente al contenido de ese acto administrativo (Resoluciones Nos. 0118/01 y 0132/01) contaba con una instancia y procedimiento eficaz e idóneo para su trámite y decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa".

En virtud de lo anterior, la sentencia en cita decidió declarar improcedente el amparo

solicitado.

En la sentencia T-196 de 2003[22], esta Corporación estudió la tutela interpuesta por la Sociedad CABLE ANDINO S.A., contra la Comisión Nacional de Televisión –CNTV-, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos a la igualdad, buen nombre, debido proceso y libertad económica.

La controversia se presentó porque entre la CNTV y CABLE ANDINO S.A. se celebró el Contrato de Concesión No. 209 de 1999, cuyo objeto era el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en la zona centro del país. En el 2002, la Junta Directiva de la CNTV profirió resolución por medio de la cual declaró la caducidad del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, acto contra el cual la sociedad interpuso recurso de reposición, pero durante dicho trámite, la sociedad actora fue admitida por la Superintendencia de Sociedades en proceso de reestructuración de pasivos, por lo que alegaba la actora que CNTV vulneró sus derechos, en la medida en que al resolver el recurso de reposición no tuvo en cuenta esa última circunstancia. Según la firma demandante, la CNTV debía formar parte de sus acreedores y actuar en la reestructuración según la participación que le otorgara el valor porcentual de su crédito.

En dicho fallo, esta Corporación reiteró la posición adoptada y muchas veces reiterada respecto a la improcedencia de la acción de tutela frente a asuntos de índole contractual y, para resolver el caso concreto, hizo alusión a que:

"(…) la firma accionante acude al perjuicio irremediable para fundar su solicitud de tutela.

En respuesta a lo anterior debe señalarse que (…), no es del caso adentrarse en la verificación de la ocurrencia de un perjuicio irremediable para CABLE ANDINO S.A., en la medida en que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, la CNTV no le vulneró ningún derecho fundamental. (…) En otras palabras, si no hay vulneración o amenaza de un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la ocurrencia de un perjuicio irremediable para el accionante.

Por otra parte, en relación con la vulneración del derecho a la libertad económica que alega

el accionante, la Sala concluye que tampoco se dan los presupuestos para ordenar su amparo constitucional dado que, según lo ha considerado esta Corporación, para que tal derecho sea tutelable, se exige que esté en conexidad con un derecho fundamental (...)". (Subrayado fuera del texto).

En sentencia T-209 de 2006[23], la Corporación al estudiar la tutela interpuesta por la firma MELTEC S.A. contra la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, la cual estaba centrada en que se dejara sin efecto la Resolución 01 del 26 de octubre de 2004, mediante la cual la entidad accionada resolvió que la entidad accionante había incumplido sus deberes en lo relacionado con la obligatoriedad de la suscripción de un contrato que le había sido adjudicado, pese a que antes de la fecha de adjudicación MELTEC S.A. había manifestado su imposibilidad de firmar el contrato, debido a un error aritmético en el que incurrió al presentar los precios de su oferta, manifestó que:

"La regla general que ha fijado la Corte es que no procede la acción de tutela frente a actos contractuales o precontractuales, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales de defensa. Procede sin embargo, la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable casos en los cuales el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7. del decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (art.8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo que si resulta evidente en el caso sub lite es el perjuicio de carácter irremediable que se ocasionó al actor, como consecuencia de los actos administrativos proferidos pues la inhabilidad del contratista por el lapso de cinco años, lo deja por fuera del tráfico jurídico".

En este sentido adicionó la providencia en cuestión:

"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". (Subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, esta Corte al determinar que en dicho caso se había vulnerado el derecho al debido proceso de las accionantes y que con relación al objeto social y a las actividades comerciales de éstas, se había materializado un perjuicio irremediable, derivado de la situación en que se les puso, consistente en la imposibilidad de intervención en próximas licitaciones y concursos por un término de 5 años, concluyó que el amparo debía concederse como medida excepcional.

Mediante sentencia SU-713 de 2006[24], esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por la sociedad INVERAPUESTAS S.A. contra la Lotería de Bolívar, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la libertad económica, derivada del 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. Dentro de los cargos endilgados se encuentran: i) ilegalidad por ausencia de estudios previos, ii) ilegalidad en cuanto al señalamiento del valor mínimo de la propuesta, iii) ilegalidad por la presentación del pliego de condiciones en forma incompleta, e iv) ilegalidad por la exclusión del requisito "experiencia" como factor de selección. Respecto a la procedencia de la acción de tutela para controvertir asuntos contractuales, precisó:

“Como se dijo anteriormente, 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.

(…) 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”, 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 derechos”.

Como conclusión, el Alto Tribunal manifestó que:

“(…) 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".

Ahora bien, en la parte resolutiva de la citada sentencia, este Tribunal declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, dado que se profirió 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. Además se revocó la providencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que había concedido el amparo deprecado, pues al momento de instaurar la acción de tutela el actor disponía de mecanismos judiciales de defensa idóneos para controvertir el pliego de condiciones y la validez del proceso licitatorio.

Mediante la sentencia T-387 de 2009[25], la Corporación estudió el caso de la acción de tutela presentada por la firma Métodos y Sistemas S.A. contra la Alcaldía Distrital de Barranquilla, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso. Los hechos relatados en esa oportunidad por el accionante corresponden a: la Alcaldía Mayor del Distrito de Barranquilla y la Sociedad Inversiones Los Ángeles Ltda. celebraron un contrato de consultoría, cuyo objeto era la prestación de servicios de asesoría técnica para la modernización de la gestión de recaudo de los tributos distritales.

Luego de algunas discrepancias, se celebró un contrato de transacción entre la Alcaldía de Barranquilla, Métodos y Sistemas S.A. y Los Ángeles Ltda., sociedad a quien fueron cedidos los derechos de Métodos y Sistemas S.A. Posteriormente, la Alcaldía de Barranquilla, sin razón alguna, mediante demanda incoada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 19 de agosto de 2003, impetró la declaración judicial de la nulidad absoluta del contrato de consultoría y la del contrato de transacción, y encontrándose en curso el proceso contencioso administrativo en el que se pretendía la nulidad del contrato, el Alcalde de Barranquilla expidió la Resolución núm. 0085 del 21 de mayo de 2008, por medio de la cual se dispuso la iniciación de una actuación administrativa tendiente a dar por terminado el contrato de consultoría y el de transacción.

"(…) por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para

la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(…) en materia de contratación estatal, los anteriores presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela se aplican, cuando quiera que se susciten controversias relacionadas con actos administrativos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos estatales, "pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal". De tal suerte que "La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo".

En la parte resolutiva de este fallo, el Tribunal manifestó que revisado el material probatorio obrante en el expediente, no se evidenció prueba alguna que demostrara la concurrencia de los presupuestos de procedencia de la acción de tutela en asuntos meramente contractuales, razón por la que declaró improcedente el amparo deprecado.

Por medio de sentencia T-241 de 2013[26], la Corporación estudió la acción de tutela presentada por la sociedad Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar SAS – SIT VALLEDUPAR S.A.S contra la Alcaldía Municipal de Valledupar, tras considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, al buen nombre y a la confianza legítima, con base en los hechos que se resumen a continuación.

Mediante Resolución 148 del 3 de febrero de 2005, la Alcaldía Municipal de Valledupar dio fin al proceso de licitación pública 005 de 2004, y adjudicó a la Unión Temporal Sistemas

Inteligentes de Tránsito de Valledupar el contrato de concesión 015 de 2005 para "la implantación de un sistema de control de tráfico en la ciudad de Valledupar". Estando en ejecución dicho contrato, la Unión Temporal Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar solicitó autorización a la Alcaldía para transformar la unión temporal en una sociedad anónima simplificada, autorización que le fue dada. Desde el 1 de junio de 2012, la Secretaría de Obras Públicas fue encargada de la interventoría del contrato de concesión e hizo alusión a una cesión irregular del contrato, razón por la que la Alcaldía declaró la caducidad de éste.

La Corte Constitucional en la parte motiva de esta sentencia sostuvo:

"(…) acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta "desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios.

(…) todo el ordenamiento jurídico se orienta a la protección y garantía de los derechos fundamentales. Por tanto, no debe perderse de vista que la acción de tutela es un recurso excepcional al que solo es procedente acudir en los casos en los que no se cuenta con otro mecanismo de defensa; cuando el medio existente carece de idoneidad y eficacia, o cuando en todo caso debe acudirse a la tutela para impedir la configuración de un perjuicio irremediable".

Adicionalmente, el Alto Tribunal precisó que:

"(..) en varias oportunidades la Corte ha estudiado acciones de tutela en donde se solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre, supuestamente vulnerados en virtud de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal. En su examen, la Corte ha partido del hecho de que la declaratoria de caducidad de un contrato estatal es un ejercicio legítimo de las facultades excepcionales del Estado como parte contratante y, en esa medida, su aplicación no comporta por sí sola un

desconocimiento de los derechos fundamentales de la entidad contratista. La caducidad "es una medida constitucionalmente legítima, que resulta válida para afrontar eventuales situaciones de incumplimiento contractual, o para prevenir otros comportamientos que pueden tener efecto directo sobre el interés público.

(…)

Atendiendo a ello, en la mayoría de las ocasiones, la Corte ha encontrado que las controversias en relación con los contratos estatales no involucran la amenaza o vulneración de un derecho fundamental sino que se ciñen a cuestionar la legalidad de la declaratoria de caducidad". (Subrayado fuera del texto).

A manera de conclusión, la Corte dijo que:

"(…) la regla general, pacífica y reiterada de la Corte consiste en que las controversias contractuales con el Estado y, especialmente, las derivadas de la declaratoria de caducidad del contrato, deben ser dirimidas mediante los mecanismos ordinarios previstos en la ley, diseñados para resolver asuntos contractuales y brindar una amplia protección a los derechos de la parte contratista. Solo de manera muy excepcional, cuando la administración ha desconocido plenamente los derechos fundamentales de la entidad accionante y, de forma concurrente, se determina que se requiere adoptar medidas para evitar un perjuicio irremediable, el asunto se ubica en el ámbito constitucional, y se habilita la competencia del juez de tutela para el restablecimiento de los derechos vulnerados".

Por esta razón, declaró improcedente la tutela deprecada.

En síntesis, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Carta y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, ha entendido esta Corporación[27], que cuando existen instrumentos realmente idóneos para la protección de los derechos, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige[28].

Contrario sensu, es posible que en virtud de circunstancias especiales, el otro medio de defensa no se proyecte con la suficiente aptitud para salvaguardar los derechos de su

titular, caso en el cual la tutela se erige como el instrumento de acción judicial[29]. Lo mismo ocurrirá ante la inminencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.

Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la competencia dada al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal.

Así las cosas, se tiene que cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos se deben evaluar aspectos como: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona.

Además, es de recordarse que la procedencia de la acción de tutela en estos eventos exige que la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no

compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.

3.5. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONSTITUYEN VÍAS DE HECHO

Uno de los principios del Estado Social de Derecho es la supremacía del ordenamiento jurídico y de la Constitución Política, a los cuales están sometidos tanto los servidores públicos como los particulares. Este principio está plasmado en el artículo 6º de la Constitución, el cual establece que "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". En relación con los servidores públicos, el artículo 121 de la Constitución dispone que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley". Lo anterior, según la Corte Constitucional, quiere decir que "la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los actos y las decisiones que profiera, así como las actuaciones que realice, deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley. (…) En consecuencia, según éste principio, la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispongan la Constitución y la ley".

Así las cosas, el mencionado principio de legalidad es una de las manifestaciones de lo que la Carta Política instituyó como debido proceso el cual es definido por la jurisprudencia de esta Corporación como "el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia". Este derecho fundamental es "aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y puede ser protegido cuando se encuentre amenazado o sea vulnerado por parte de una autoridad pública o de un particular, a través de la acción de tutela.

Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: "(i) la garantía de acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones; (ii) la garantía de

juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías".

Específicamente en materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen "los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (…) De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley". (Subrayado en el texto).

De lo expuesto hasta ahora y de la jurisprudencia citada, la Sala extrae estas conclusiones: i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Ahora bien, nótese que en su interpretación del derecho fundamental al debido proceso administrativo, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional ha considerado que "pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente del ordenamiento

jurídico, en abierta contradicción con él, de tal forma que se aplica la voluntad subjetiva de tales servidores y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho". En tales casos, la Corte excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela, cuando se advierte o bien la inminencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad de los otros mecanismos judiciales de defensa.

En este sentido, la Corte, en la sentencia T-590 de 2002[30], al revisar el caso de una señora que fue despojada en su vivienda de una mercancía proveniente del extranjero, por parte de la Policía Nacional, sin que mediara una orden de allanamiento impartida por la autoridad competente, sostuvo que una vía de hecho es:

"una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.

(…) únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables".

En este caso la Corte amparó los derechos de la accionante, al considerar que hubo una violación al debido proceso administrativo, por cuanto los policías que allanaron la residencia de la actora, lo hicieron sin que mediara orden del director de la entidad que cumplía las funciones de policía judicial, por lo que se dijo que los agentes violaron el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.

De la misma manera, en la sentencia T- 995 de 2007[31], al estudiar el caso de un policía que fue desvinculado por "voluntad del gobierno" de acuerdo con las facultades contenidas en el artículo 4º de la Ley 857 de 2003, sin que le fuera permitido ejercer el derecho de contradicción, en especial en lo que refiere al concepto que para su retiro diera la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, la Corte reiteró lo que se debe entender por vía de hecho administrativa:

(…) Se puede decir entonces, que una vía de hecho se produce cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico".

En esa oportunidad, la Corte amparó los derechos del accionante por considerar que la Policía había actuado de manera arbitraria al tomar la decisión de separar del cargo al accionante sin justificación alguna.

Conforme a lo anterior, se puede decir que si bien la tesis de las vías de hecho ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativas.

Así las cosas, para que se configure una vía de hecho administrativa, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia "han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis"[32].

Al respecto se pronunció la Corte en la sentencia T- 076 de 2011[33], en la que estudió un caso en el que el INCODER declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio sobre un predio rural, porque supuestamente el inmueble no era explotado económicamente, vulnerando los derechos de las personas que los habitaban. Aquí el Alto Tribunal consideró que:

"Estas causales de afectación del debido proceso se concentran en los siguientes supuestos:

13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión

correspondiente.

13.2. Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que (i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobreseer el procedimiento aplicable; (ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

13.3. Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

13.4. Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.

13.5. Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

13.6. Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen

expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa. Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.

13.7. Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

13.8. Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas".

Con fundamento en lo anterior, la Corte concedió el amparo solicitado, debido a que encontró que el acto administrativo que precedió la declaración de extinción de dominio a favor de la Nación sobre una parte del predio rural en mención, no estuvo motivado, incurriéndose en el defecto de falta de motivación.

En conclusión, el debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas.

La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe

asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezcan de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela.

4. CASO CONCRETO

4.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El 30 de diciembre de 2002, se suscribió el "Contrato celebrado entre el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y Recaudos y Tributos S.A., para la modernización del sistema y la gestión de los recaudos tributarios de la entidad", por un término de 20 años, el cual tenía como objeto "la modernización del sistema y la gestión de los recaudos tributarios del Distrito, a través de la implementación de modernas técnicas de sistematización y de información, la complementación, depuración y actualización de las bases de datos de los tributos locales y la atención e información al contribuyente"[34].

En el 2003, un ciudadano formuló acción popular contra el Distrito de Santa Marta y la Sociedad R&T, para que se dejara sin efectos jurídicos el contrato aludido, en virtud a que se alegaba que había sido celebrado a pesar de la existencia de ciertas irregularidades en el proceso licitatorio. El Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta y el Tribunal Administrativo del Magdalena, en primera y segunda instancia respectivamente, denegaron las súplicas de la demanda, tras estimar que la Administración Distrital de Santa Marta, actuó con sujeción a los principios constitucionales y legales propios de la contratación estatal en el contrato objeto de la acción popular.

En el 2009, el Distrito de Santa Marta y la Sociedad R&T suscribieron el otro sí N° 01 "con el fin de modificar el contrato 092 de 2002, para incluir dentro de las obligaciones del

contratista, la recuperación de la cartera en mora del impuesto de alumbrado público".

El 21 de mayo de 2010, el Congreso de la República expidió la Ley 1386, en la que se determinó lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. PROHIBICIÓN DE ENTREGAR A TERCEROS LA ADMINISTRACIÓN DE TRIBUTOS. No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.

Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado.

Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.

La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales." (Negrilla fuera de texto).

En junio del 2011, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 1386 de 2010, la Contraloría Distrital de Santa Marta realizó una "auditoría gubernamental" y concluyó que dicho contrato "no constituye ni comporta formal o materialmente la delegación de función alguna de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión,

devoluciones, e imposiciones de sanciones, respecto de los tributos distritales".

En 2011, la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Santa Marta también revisó el contrato N°. 092 de 2002 y concluyó que "no constituye ni comporta formal o materialmente la delegación de función alguna de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones, respecto de los tributos distritales".

En diciembre de 2011, en el marco del "control excepcional al acuerdo de restructuración de pasivos y vigencias futuras del Distrito Turístico de Santa Marta", la Contraloría General de la República identificó como un hallazgo dentro de su investigación que "el Distrito, con la suscripción del contrato 092 de 2002, presuntamente estaría incurriendo en la delegación de aquellas funciones que le son inherentes en la órbita de su gestión tributaria".

Por lo anterior, la Alcaldía de Santa Marta, mediante Resolución N°. 039 de 2012, inició la actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad del contrato N° 092 de 2002, y otorgó el término de 5 días a la sociedad R&T para que ejerciera su derecho de contradicción.

Según la empresa accionante, esta resolución vulnera su derecho al debido proceso por las siguientes razones: i) por cuanto la Alcaldía Distrital de Santa Marta no tiene competencia para revisar el contrato N°. 092 de 2002, pues con ello desconoce los fallos de acción popular proferidos por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, por el Tribunal Administrativo del Magdalena y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como el concepto de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito, los cuales determinaron que el contrato referido no comporta el ejercicio de funciones públicas indelegables por parte de particulares; ii) porque la Alcaldía amenaza seriamente el derecho de defensa de la sociedad, ya que el término otorgado para adelantar la actuación es de 5 días, lapso que es irrazonable y desproporcionado; iii) ya que en la Resolución Nº. 039 de 2012, la Alcaldía de Santa Marta no motivó de manera clara y precisa las materias que van a ser objeto de revisión; y iv) debido a que en la actuación de la Alcaldía se advierte una vulneración del principio de imparcialidad, toda vez que de las declaraciones que en distintos medios de comunicación ha realizado el Alcalde de Santa Marta, se puede colegir que la autoridad administrativa previamente ha decidido dar por terminado el contrato, por lo que cualquier esfuerzo de ejercer el derecho de defensa por parte de R&T será inútil. Con fundamento en

estas consideraciones, la empresa R&T interpuso acción de tutela para que se amparara su derecho al debido proceso, y en consecuencia, se dejara sin efectos la Resolución Nº. 039 de 2012.

4.2. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL PRESENTE CASO.

Reiteradamente[35], la Corte ha sostenido que las controversias contractuales administrativas son ajenas a la competencia de los jueces de tutela, pues esta acción es regida por la regla de residualidad, de cuya aplicación se exceptúan dos situaciones, a saber: la configuración de un inminente perjuicio irremediable de orden iusfundamental y la existencia de un medio defensa judicial que carezca de idoneidad.

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

Se recuerda además que una de sus características es que debe versar sobre un derecho fundamental, lo cual se relaciona con el requisito de gravedad exigido por la jurisprudencia. Como se resaltó en apartes previos, la gravedad "(…) equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas"[36].

De las sentencias citadas previamente, se pueden extraer las siguientes reglas. El otro mecanismo de defensa es idóneo y eficaz cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancia particulares del sujeto y

de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

En síntesis, en dichas sentencias, la Corte precisó que el presupuesto de procedencia de la acción de tutela antes planteado, se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela. Entonces, la procedencia de la acción de tutela se daría, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

Conforme al anterior parámetro, la Sala encuentra que esta tutela es improcedente, por cuanto no se reúnen los requisitos anteriormente mencionados:

En primer lugar, encuentra la Sala que en el caso sub examine no se configuran los elementos del inminente perjuicio irremediable. En este sentido, i) la amenaza no está próxima a suceder, pues la resolución atacada tan sólo da inicio a la actuación administrativa dirigida a revisar el contrato, de modo que al interior de dicho proceso administrativo R&T puede hacer uso de los medios de control de que trata la Ley 1437 de 2011 para hacer valer sus derechos; ii) no se advierte la inminencia de un daño de gran intensidad o menoscabo de un derecho fundamental de la persona jurídica, pues, de un lado, el término otorgado para ejercer el derecho de defensa -5 días- no es prima facie irrazonable, y de otro, en caso de que la actuación administrativa controvertida culmine con una decisión contraria a los intereses de la sociedad, en tal evento el perjuicio que pueda causarse será solamente de naturaleza patrimonial; y iii) no es urgente ni impostergable la intervención del juez constitucional, toda vez que ni se advierte que el posible daño temido está muy próximo a suceder, ni prima facie se observa que se esté obstaculizando el ejercicio de derecho de defensa o lesionando otras garantías del debido proceso mediante actuaciones arbitrarias.

En segundo lugar, es de resaltarse que existen otros mecanismos de defensa judicial idóneos para que la Sociedad R&T controvierta la decisión que censura, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de controversias contractuales, consagradas en los artículos 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011, medios de control cuales fueron consagrados por el Legislador para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Así mismo, es de resaltarse que el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en sus artículos 229 y 230, permite el decreto, como medida cautelar, de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se ataca a través de cualquiera de los medios de control, lo que constituye una garantía adicional para el sujeto procesal interesado, máxime si se tiene en cuenta que en la sentencia C-284 de 2014[37], esta Corporación explicó los requisitos que se deben cumplir para la solicitud y decreto de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos. Específicamente el fallo hace mención a que: i) la solicitud de dichas medidas no reduce las que puede decretar el juez, sino que se encargan de complementarlas; ii) el juez puede adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii) quien las solicita no debe prestar caución; y iv) si bien se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar para darle traslado a la otra parte y para que ésta pueda oponerse, se admite la posibilidad de medidas de urgencia.

En virtud de lo expuesto, se declarará improcedente el amparo deprecado, por cuanto no se reúnen todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela en estas eventualidades. La Sala concluye lo anterior, toda vez que el estudio aplicado en el caso concreto, nos muestra que la solicitud de amparo no reúne los requisitos de procedencia de la acción de tutela, pues se puede percibir la falta de configuración de una amenaza perjuicio irremediable para la actora y, además, se observa la existencia de mecanismos legales idóneos para proteger el derecho de la accionante.

Aunado a lo anterior, en virtud de los elementos probatorios aportados al proceso, surge una cuestión adicional insoslayable, relativa a la potestad de la Administración para declarar la terminación unilateral de un contrato cuando éste se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal y la afirmación de que en estos eventos el derecho de

defensa del contratista se encuentra garantizado por la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto que declara la terminación unilateral del contrato.

Así, encuentra la Sala que el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, expresamente faculta a la Administración para que declare la terminación unilateral de un contrato cuando concurran alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la misma ley. Una interpretación literal de tal disposición, en conjunto con la causal de nulidad absoluta tipificada en el numeral 2º del citado artículo 44, lleva a concluir, sin lugar a dudas, que la Administración puede disponer la terminación unilateral de un contrato cuando encuentre acreditado que éste se haya suscrito contra expresa prohibición constitucional o legal.

5. CONCLUSIONES

5.1. Un requisito de procedencia formal de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, la Corte ha establecido dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de orden iusfundamental.

5.2. La idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. La eficacia por su parte, tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado.

De las sentencias citadas en la parte considerativa, se pueden extraer las siguientes reglas respecto a los criterios que deben tenerse en cuenta para que el otro mecanismo de defensa sea considerado idóneo y eficaz: i) debe ofrecer la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno debe permitir la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) debe tener la virtualidad de analizar las circunstancia particulares del

sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no debe imponer cargas procesales excesivas que no se compadezcan con la situación del afectado; y v) deben permitir al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

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

5.4. El debido proceso es un derecho fundamental que tiene aplicación no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas, y que se debe garantizar a todos los sujetos desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación. El derecho de defensa, como manifestación del derecho al debido proceso, se traduce en la facultad que tiene el interesado de conocer las decisiones que se adopten en el marco de un proceso administrativo que se adelante por la autoridad administrativa, e impugnar las pruebas y providencias contrarias a sus intereses. Si estas garantías no son aseguradas, se está bajo el supuesto de que la administración transgredió el derecho de defensa y con él, el debido proceso administrativo.

5.5. El requisito de subsidiariedad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal.

La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprenda la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y además se presente una de las hipótesis de excepción al requisito de subsidiariedad.

5.6. Por lo expuesto se declarará improcedente el amparo deprecado en el presente caso, por cuanto no se reúnen todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela en estas eventualidades. La Sala concluye lo anterior, toda vez que se puede percibir la falta de configuración de un perjuicio irremediable para la actora, ya que: i) la amenaza no está próxima a suceder, pues la resolución atacada tan sólo da inicio a la actuación administrativa dirigida a revisar el contrato, de modo que al interior de dicho proceso administrativo R&T puede hacer uso de los medios de control de que trata la Ley 1437 de 2011 para hacer valer sus derechos; ii) no se advierte la inminencia de un daño de gran intensidad o menoscabo de un derecho fundamental de la persona jurídica, pues, de un lado, el término otorgado para ejercer el derecho de defensa -5 días- no es prima facie irrazonable, y de otro, en caso de que la actuación administrativa controvertida culmine con una decisión contraria a los intereses de la sociedad, en tal evento el perjuicio que pueda causarse será solamente de naturaleza patrimonial; y iii) no es urgente ni impostergable la intervención del juez constitucional, toda vez que ni se advierte que el posible daño temido está muy próximo a suceder, ni prima facie se observa que se esté obstaculizando el ejercicio de derecho de defensa o lesionando otras garantías del debido proceso mediante actuaciones arbitrarias.

Además, porque se observa la existencia de mecanismos legales idóneos para proteger el derecho de la accionante como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de controversias contractuales, consagradas en los artículos 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011, medios de control cuales fueron consagrados por el Legislador para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Así mismo, es de resaltarse que el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en sus artículos 229 y 230, permite la solicitud y decreto, como medida cautelar, de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se ataca a través de cualquiera de los medios de control, lo que constituye una garantía adicional para el sujeto procesal interesado.

5.7. Aunado a lo anterior, en virtud de los elementos probatorios aportados al proceso, surge una cuestión adicional insoslayable, relativa a la potestad de la Administración para declarar la terminación unilateral de un contrato cuando éste se celebre contra expresa

prohibición constitucional o legal y la afirmación de que en estos eventos el derecho de defensa del contratista se encuentra garantizado por la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto que declara la terminación unilateral del contrato.

Así, encuentra la Sala que el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, expresamente faculta a la Administración para que declare la terminación unilateral de un contrato cuando concurran alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la misma ley. Una interpretación literal de tal disposición, en conjunto con la causal de nulidad absoluta tipificada en el numeral 2º del citado artículo 44, lleva a concluir, sin lugar a dudas, que la Administración puede disponer la terminación unilateral de un contrato cuando encuentre acreditado que éste se haya suscrito contra expresa prohibición constitucional o legal

5.8. En virtud de lo anterior, se revocará la sentencia del ocho (8) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, y la del veintiséis (26) de junio de 2012, emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa ciudad. En su lugar, se declarará improcedente el amparo deprecado con base en las razones esgrimidas en esta sentencia.

6. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del ocho (8) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, y la del veintiséis (26) de junio de 2012, emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa ciudad. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela interpuesta por Recaudos y Tributos S.A., contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta, por las razones esgrimidas en la parte motiva de este fallo.

otifíquese, y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada Magistrado

Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Magistrado

Ausente en comisión

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrada Magistrado

Magistrado Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

[1] Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. El texto citado es el vigente.

[2] Sentencia T-742 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver entre otras las sentencias T-451 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-352 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-018 de 201, M.P. María Victoria Calle Correa.

[3] Ver entre otras las sentencias C- 1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU – 544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T – 1670 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[4] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[5] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[6] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[7] MP Jaime Córdoba Triviño.

[8] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[9] Sentencia T-764 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[10] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[12] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[13] Sentencia T-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[15] M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

[16] M.P. Mauricio González Cuervo.

[17] SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[18] M.P. Fabio Morón Díaz.

[19] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[20] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[21] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[22] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[23] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[24] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[25] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[26] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-968 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-875 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-037 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

[28] Ver entre otras las Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-500 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-135 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1062 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-482 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y T-418 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[29] Sentencias T-127 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-672 de 98, M.P. Hernando Herrera Vergara.

[30] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[31] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[32] Sentencia T-076 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[34] Folio 56 del cuaderno 3.

[35] Ver entre otras las sentencias T-1341 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-387 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-620 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-496 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; T-147 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-554 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[36] Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[37]M.P. María Victoria Calle Correa. En esta sentencia, la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, por la presunta vulneración de los artículos 13, 86, 88 y 89 Constitucionales, al someter la adopción de medidas cautelares en procesos de tutela y de defensa de derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la justicia administrativa, a la regulación

establecida en el Capítulo XI, Título V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En la ponencia, luego de analizar las normas que regulan las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, el Tribunal encontró que "salvo en lo concerniente a los procesos de tutela, dicho parágrafo no vulnera los derechos y principios constitucionales invocados por el actor. A su juicio, la aplicación de las medidas cautelares del capítulo XI, Título V del CPACA a los procesos encaminados a proteger derechos e intereses colectivos se ajusta a los artículos 18, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución, por cuanto: (i) no reduce las medidas que puede decretar el juez sino que las complementa. (ii) el juez puede, en ejercicio de sus atribuciones, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; (iii) sin necesidad de prestar caución, por parte quien las solicita; (iv) si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad de medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; (iv) la decisión de decretar las medidas es susceptible de recursos de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto evolutivo; (v) estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente". En virtud de lo anterior, se decidió declarar exequible, por los cargos examinados, el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, excepto la expresión "y en los procesos de tutela" que se declaró inexequible.