

Sentencia T-093/08

ACCION DE TUTELA CONTRA FONADE-Exigencia de acreditación de experiencia específica como requisito habilitante para participar en adjudicación de contratos de obra y consultoría

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Presupuestos que permiten establecerlo

REGLAS DE PARTICIPACION EXPEDIDAS POR EL FONADE-Existencia de otros mecanismos de defensa judicial para controvertirlas

En el asunto bajo examen, este Tribunal observa que existen otros mecanismos de defensa judicial para controvertir las reglas de participación que se expiden por el FONADE, dirigidas a regular los procesos de selección que le permiten adjudicar los contratos que debe suscribir en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, al mejor proponente. En efecto, el accionante tiene a su disposición las acciones contenciosas previstas en el Código Contencioso Administrativo para controvertir la legalidad y solicitar la reparación de los daños que se le hayan ocasionado, con fundamento en el desconocimiento de la Constitución y de las demás normas jurídicas que le sirven de fundamento a los actos administrativos previamente mencionados. Precisamente, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006 y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, todas las controversias que se susciten frente a una entidad pública (con excepción de las sociedades de economía mixta con capital público inferior al 49%), sin importar si las mismas se originan o no en una actuación administrativa, deben ser resueltas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en la actualidad el ámbito de competencia de dicha jurisdicción se establece conforme a un criterio orgánico y no material. Si se considera que las reglas de participación que se establecen por el FONADE desconocen que la verificación de la experiencia para contratar debe realizarse conforme a la inscripción, calificación y clasificación que realizan los oferentes en el Registro Único de Proponentes y si, de igual manera, se estima que se infringe la Constitución y la ley al no permitir que la acreditación de dicha experiencia se realice con la certificación del desempeño profesional como funcionario público; el accionante puede revertir dicha situación mediante el ejercicio de las acciones contenciosas ante la justicia administrativa, promoviendo un juicio de legalidad frente a los mencionados actos administrativos.

DERECHO AL TRABAJO-Caso en que no se logró demostrar afectación de perjuicio irremediable

En la medida en la cual el desempeño laboral del accionante no depende de la adjudicación de contratos por parte del FONADE, es claro que la descalificación de sus propuestas, en nada afecta la posibilidad de ejercer su profesión como contratista de obras civiles y arquitectónicas de manera remunerada frente a otras entidades públicas y privadas, como se deduce del material probatorio aportado a este proceso. Por esta razón, la Sala Cuarta de Revisión observa que no existe un daño inminente sobre el derecho fundamental al trabajo que exija la protección tutelar de manera transitoria.

LEY 1150/07 Y FONADE-Distintos procesos de selección deben ajustarse a los requerimientos del Estatuto General de Contratación

Esta Corporación debe destacar que en los términos en que se plantea este juicio de amparo constitucional, en lo atinente al desconocimiento del Registro Único de Proponentes, de cara al futuro estamos en presencia de una controversia superada, pues de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, la cual entró en vigencia el pasado 16 de enero, “el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”; por lo que las reglas de participación que se establecieron por dicha entidad para los distintos procesos de selección al amparo del párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, deben ajustarse a los requerimientos del citado Estatuto General de Contratación, entre los cuales, se destaca, la verificación de las condiciones y calidades de los oferentes a través del Registro Único de Proponentes.

Referencia: expediente T-1.384.754.

Accionante: Gerardo Orozco Daza.

Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad; en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Gerardo Orozco Daza contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda, fundamentos y pretensiones

El señor Gerardo Orozco Daza, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela para proteger su derecho fundamental al trabajo (C.P. art. 25), el cual considera vulnerado por la decisión del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, consistente en exigir la acreditación de una experiencia específica como requisito habilitante para participar en la adjudicación de contratos de obra y consultoría distinta a la que se certifica para todas las entidades estatales a través del Registro Único de Proponentes y, además, por el hecho de descalificar la experiencia adquirida como funcionario público, al establecer que la verificación de la misma tan sólo se puede certificar por medio de la celebración de contratos de igual naturaleza jurídica al que es objeto de adjudicación.

1.1.1. Al respecto, se resaltan los siguientes hechos:

b. Según el actor, a través de la constitución de varios consorcios, ha participado como oferente en los siguientes procesos de licitación adelantados por el FONADE, a saber: IPG 1448-194129 e IPG 1466-194062; siendo sus respectivas propuestas descalificadas por no cumplir con los requisitos de experiencia que exigían las reglas de participación (RDP) de la citada entidad pública.

c. A mediados del año 2006, el accionante le solicitó al FONADE replantear las reglas de

participación, al considerarlas injustas y subjetivas, pues en su criterio limitan de manera desproporcionada la participación en las convocatorias de consultores colombianos en calidad de personas naturales.

En este sentido, el demandante le pidió a la citada entidad pública, a manera de observación en el proceso de licitación No. IPG 1496-195065, que se tuviese en cuenta como experiencia específica exigida a los proponentes, aquella que se logra acreditar como funcionario público en desarrollo de la actividad profesional, pues en las reglas de participación de las convocatorias públicas en las que ha estado, tan sólo se acepta la experiencia obtenida mediante la celebración de contratos de igual naturaleza jurídica al que es objeto de adjudicación, sin tener en consideración que las personas naturales también logran adquirir destreza profesional mediante el desarrollo de diferentes actividades que no se circunscriben únicamente a la celebración de contratos.

d. El FONADE dio respuesta a los requerimientos del accionante, manifestando que el desempeño como funcionario público no permite adquirir la misma experiencia que se obtiene como contratista, ya que las obligaciones y responsabilidades son distintas, al punto que las de los servidores del Estado son adquiridas directamente por la entidad contratante. Expresamente, en el escrito de respuesta a las observaciones realizadas al proceso de licitación No. IPG 1496-195065, se manifestó lo siguiente:

“RESPUESTA. FONADE se permite aclarar que la experiencia adquirida como funcionario público es diferente a la experiencia adquirida como contratista, esto debido a que las obligaciones y responsabilidades adquiridas son directamente de la entidad contratante del funcionario y éste únicamente podrá acreditar la actividad profesional desarrollada en el proyecto”².

e. De igual manera, el accionante ha insistido en que la experiencia para contratar con el FONADE no puede apartarse de aquella que se acredita para todas las entidades estatales a través del Registro Único de Proponentes, pues ello se traduce en el desconocimiento de la Ley 80 de 1993 y los Decretos 856 de 1994, 92 de 1998 y 393 de 2002. Así, el día 12 de enero de 2006, en escrito informal dirigido al Gerente General del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, el actor señaló que:

“El (RUP) Registro Único de Proponentes que llevan las Cámaras de Comercio conforme al

decreto 92 de 1998 y el decreto 393 de 2002, estableció que los inscritos serán clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y por esto, en el formulario de inscripción se generalizaron estas especialidades y también los grupos para que se tomen como referencia por las administraciones públicas para la contratación que se pretenda celebrar, y no como lo hace el FONADE, que clasifica a los posibles oferentes por el objeto del último contrato celebrado (...)”³.

De esta forma, el accionante afirma que, como consecuencia de la decisión adoptada por el FONADE, consistente en exigir una experiencia distinta a la que se acredita en el Registro Único de Proponentes y de no otorgarle valor a la actividad profesional como funcionario público, se ha visto “imposibilitado para participar en los concursos y licitaciones que adelanta el FONADE (...), violándose así el derecho al trabajo, pues derivo mi sustento de esta actividad profesional, y por más que reúno los requisitos de ley para aspirar a celebrar un contrato después de concursar y licitar en igualdad de oportunidades, sencillamente, me quitan esta posibilidad, condenándome a tener que dejar la profesión estando plenamente habilitado para participar y eventualmente contratar”⁴.

1.1.2. Como argumentos dirigidos a demostrar la vulneración del derecho fundamental invocado, el accionante afirma que los requisitos específicos exigidos por el FONADE para participar en sus licitaciones: (i) desconocen la normatividad vigente en materia de calificación y clasificación de proponentes; (ii) configuran un mecanismo de discriminación para algunos oferentes y de favorecimiento para otros; y (iii) desconocen el principio de selección objetiva propio de la contratación estatal.

En opinión del accionante, si bien la Administración cuenta con amplia libertad para elaborar los pliegos de condiciones o reglas de participación, el ejercicio de dicha atribución no comporta la posibilidad de crear exigencias jurídicas distintas a las previstas por el legislador, por cuanto si así lo hiciera, se estaría arrogando potestades que no le corresponden.

En este sentido, el actor precisa que el FONADE se encuentra vulnerando su derecho fundamental al trabajo, toda vez que en las licitaciones que adelanta, exige una experiencia específica de imposible cumplimiento para muchos proponentes, consistente en demostrar la ejecución de varios contratos de similar naturaleza jurídica, por diferentes valores y en determinados rangos de tiempo⁵. Estas exigencias se traducen en el desconocimiento de la

calificación y clasificación en el Registro Único de Proponentes, cuyo objetivo es servir de instrumento de publicidad para acreditar que un proponente posee las suficientes calidades económicas, financieras, técnicas y profesionales para garantizar la ejecución de las prestaciones objeto de los contratos estatales.

Señala que como consecuencia de la aplicación de los requisitos de experiencia específica, ha quedado condenado a no poder ejercer su profesión, pues a pesar de estar inscrito en el Registro Único de Proponentes y de no tener ninguna clase de inhabilidad para concursar; sus propuestas son constantemente rechazadas por el FONADE, al no poder acreditar la experiencia exigida en las reglas de participación de la citada entidad pública.

En estos términos, sostiene que se crea un “círculo virtuoso y un círculo vicioso”, en la medida en que solamente las personas que han venido celebrando contratos con la Administración pueden seguir aspirando a participar en los procesos de licitación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, mientras que aquellos que aún no lo han hecho, se encuentran condenados a renunciar a sus aspiraciones en tal sentido.

Con fundamento en lo anterior, el accionante afirma que el FONADE desconoce los Decretos 92 de 1998 y 393 de 2002, pues en ellos se establece la obligatoriedad del Registro Único de Proponentes para todas las entidades estatales que convoquen licitaciones públicas, independientemente de que se rijan o no por la Ley 80 de 1993.

De esta manera, la exigencia de una experiencia específica, diferente a la inscrita, calificada y clasifica en el Registro Único de Proponentes, desconoce los principios normativos que rigen la contratación estatal, y concretamente violan el principio de selección objetiva, toda vez que no es admisible que se asuma una noción caprichosa de lo que es la “experiencia”, apartada de su significado normativo.

Por lo demás, el accionante considera que dado el carácter de su profesión, que comporta una actividad intelectual, la experiencia no se adquiere por el número de contratos ejecutados sino por el tiempo en que se ha desarrollado la profesión en el área de la construcción a partir de la fecha del grado, como se deduce de la Ley 842 de 2003, por virtud de la cual: “se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”⁶. Por lo tanto, dicha exigencia desconoce los estudios y experiencia de

algunos proponentes y constituye una violación al derecho al trabajo, a la libre competencia y al desarrollo económico.

Finalmente, el accionante señala que esta situación merece la intervención del juez de tutela, pues en la práctica son escasas las posibilidades de controvertir la nulidad de las reglas de participación del FONADE. En este sentido, manifiesta que la acción de nulidad no es un mecanismo judicial idóneo, como quiera que las citadas reglas de participación tienen un término máximo de dos (2) días para quedar en firme, por lo que se hace imposible interponer múltiples demandas para las convocatorias que hace el FONADE en todo el territorio nacional.

Precisa, adicionalmente, que los ciudadanos cuentan con un plazo para formular sugerencias en el proceso de elaboración de las reglas de participación, pero que en ocasiones las respuestas no son satisfactorias y no se cuenta con un término adecuado para impugnar tales actos.

1.1.3. Como pretensiones de la demanda, el accionante le pide al juez de tutela conceder el amparo definitivo de su derecho fundamental al trabajo; y en consecuencia, le solicita que se ordene al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, que se abstenga de establecer exigencias específicas en las licitaciones que adelante, con desconocimiento de la información que reposa en el Registro Único de Proponentes y descalificando la destreza profesional adquirida mediante las actuaciones desarrolladas como funcionario público.

En el término previsto en el auto admisorio para ejercer el derecho de réplica, se presentó escrito del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE-, oponiéndose a las pretensiones y argumentos de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

Inicialmente, la entidad pública demandada señaló que su naturaleza jurídica corresponde a la de una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero. Esto significa que en lo referente al giro ordinario de sus negocios, se encuentra excluida de la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal como lo dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, las actuaciones propias de su objeto social, se rigen de manera exclusiva por las normas del derecho privado y el Manual Interno de Contratación.

En cuanto a los requisitos exigidos a los proponentes, se afirma que los pliegos de condiciones se elaboran de manera general para todos los oferentes, sin distinguir entre personas naturales o jurídicas. En desarrollo de este mandato, el FONADE garantiza que la selección del mejor proponente se sujeta a un escenario de libre competencia, en el que únicamente se tienen en cuenta las ventajas competitivas.

Por otra parte, la entidad pública demandada manifiesta que los requisitos exigidos en materia jurídica, técnica y financiera se encuentran en función del tipo y magnitud del proyecto que se pretende ejecutar, de tal suerte que la simple inscripción en el Registro Único de Proponentes no implica que el profesional tenga la idoneidad para ejecutar todo tipo de contratos.

En este sentido, explica que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- exige una clase de experiencia para el proponente y otra diferente para los profesionales que participan en la ejecución del contrato. Para los primeros, solicita acreditar una experiencia específica, la cual debe ser justificada mediante la certificación de contratos previamente ejecutados, con lo cual se pretende asegurar que los recursos públicos que se asignan por el Estado se invierten de modo eficiente. En cuanto a los segundos, se les exige una experiencia general, que se cuenta a partir de la expedición de la matrícula profesional, tal como lo señala la Ley 842 de 2003. En todo caso, de manera excepcional, se requiere experiencia específica de los profesionales que participan en la ejecución del contrato, dependiendo de las circunstancias especiales de las prestaciones a ejecutar.

A continuación, el FONADE precisa las razones por las cuales ha sido excluido el accionante de los procesos de licitación en los que ha participado:

* En relación con el proceso de selección No. IPG 1448-194129, señala que dentro del proceso licitatorio se solicitó al demandante que subsanara ciertos aspectos de su propuesta, los cuales fueron corregidos de manera parcial. Posteriormente, al analizar los contratos certificados por el accionante para el cumplimiento de los requisitos específicos, se encontró que la sumatoria del valor de los contratos no alcanzaban el monto estipulado en las reglas de participación, motivo por el cual la oferta no fue clasificada para la segunda fase de evaluación.

* En cuanto al proceso de selección No. IPG 1466-194062, la propuesta del Consorcio Institución La María, de la cual hacía parte el accionante, fue rechazada por cuanto no se subsanó en el término debido la información de la propuesta, de conformidad con las reglas de participación establecidas por el FONADE.

* En lo referente al proceso de selección No. IPG 1496-195065, el FONADE manifiesta que el accionante en la etapa de elaboración de las reglas de participación formuló algunos cuestionamientos, los cuales fueron debidamente resueltos en la oportunidad correspondiente. Sin embargo, se abstuvo de presentar su propuesta en el término señalado para tal efecto.

* Por último, en relación con el proceso de selección No. IPG 1507-193016, el accionante presentó sugerencias en la etapa de borradores, las cuales no fueron tenidas en cuenta, porque después de analizarlas, se encontró que no eran aplicables para el referido proceso. De igual manera, el accionante se abstuvo de presentar oferta.

Con fundamento en lo anterior, el demandado afirma que en los procesos de selección en los que participó el accionante, se siguieron con absoluta transparencia los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y las reglas de participación, las cuales, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituyen ley para las partes y obligan tanto a la Administración como a los proponentes.

En su opinión, las certificaciones exigidas para comprobar la experiencia específica en un proceso de selección no comportan violación de las normas que regulan la contratación pública y no desconocen la importancia del Registro Único de Proponentes, cuyo fin es la clasificación y calificación de las personas que aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales que están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, sostiene que la acción de tutela es improcedente, en la medida en que el derecho fundamental que se estima vulnerado, esto es, el derecho al trabajo, puede

protegerse mediante el ejercicio de las acciones ordinarias de defensa judicial. Por lo demás, considera que tampoco procede el amparo de manera transitoria, pues no se invocó ni se probó la existencia de un perjuicio irremediable.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Primera Instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del veintisiete (27) de marzo de 2006, negó la tutela instaurada por el señor Gerardo Orozco Daza, por las consideraciones que a continuación se reseñan:

- Sostiene el a-quo que la acción de tutela es improcedente, ya que al accionante le asisten otros mecanismos de defensa judicial, como el mismo lo pone en evidencia, al afirmar que es procedente la acción de nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Por otra parte, la acción de amparo constitucional está prevista en el ordenamiento jurídico para la protección de derechos fundamentales y no para la definición de controversias de tipo contractual, pues para ese tipo de litigios se deben adelantar los procesos judiciales legalmente establecidos ante el juez natural.
- Finalmente, afirma que no se configura un perjuicio irremediable, pues de la decisión de rechazo de las propuestas presentadas al FONADE, no puede colegirse que se hayan cerrado todas las posibilidades laborales del accionante, máxime si se tiene en cuenta que la presentación de una propuesta en una licitación pública no asegura la adjudicación del contrato.

1. Impugnación del fallo

Frente a la citada decisión se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, en la que se ratifica todo lo expresado en el escrito de tutela y además se agregan los siguientes argumentos:

i. En opinión del demandante, el FONADE no puede desconocer el Registro Único de Proponentes, por lo que si su intención es apartarse de lo que en ellos se consagra, como lo afirma en el escrito de oposición, lo que debe hacer es presionar al Gobierno Nacional para que expida “otro decreto con las consideraciones expuestas en la respuesta a esta tutela y que hace parte del expediente”.

1. Segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del veintitrés (23) de mayo de 2006, confirmó el fallo de primera instancia, al estimar que existe otro mecanismo de defensa judicial para salvaguardar el derecho fundamental presuntamente vulnerado, consistente en la posibilidad de acudir en ejercicio de la acción correspondiente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otra parte, en su criterio, no existe el más mínimo elemento del cual se puede inferir la existencia de un perjuicio irremediable sobre el citado derecho fundamental, que torne procedente el amparo constitucional. Desde esta perspectiva, en palabras del a-quem, le corresponderá “al accionante acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través del proceso que legalmente corresponde, pues se concluye que no es la tutela el mecanismo apropiado para la solución de este tipo de controversias”.

2.4. Material probatorio aportado al proceso y recaudado en sede de revisión

2.4.1. En el expediente obran como pruebas que son relevantes en la presente causa, las siguientes:

* Certificado original de la inscripción en el Registro Único de Proponentes por parte del señor Gerardo Orozco Daza.

* Hoja de vida del accionante.

* Constancia expedida por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana respecto de las interventorías realizadas por el accionante como Profesional Universitario.

* Constancia expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre los contratos en que el accionante ha prestado sus servicios como interventor y asesor.

* Constancia expedida por la Corporación Universitaria de la Costa sobre la terminación de estudios del accionante como especialista en Interventoría de Proyectos y Obras Civiles.

* Copia de la comunicación dirigida por el accionante al FONADE a través de la cual realiza algunas sugerencias en torno a las reglas de participación.

* Copia de la respuesta del FONADE a las observaciones realizadas a las reglas de participación.

* Documento de respuesta a las observaciones realizadas a las reglas de participación definitivas del proceso de selección No. IPG 1496-195065.

* Copia del correo electrónico a través del cual se realizaron algunas recomendaciones para

la elaboración de los pliegos en el proceso de selección No. IPG 1507-193016.

* Reglas de participación en el proceso de selección No. IPG 1507-193016.

* Reglas de participación en el proceso de selección No. IPG 1496- 195065.

* Reglas de Participación en el proceso de selección No. IPG 1507-193016.

* Reglas de Participación en el proceso de selección No. IPG 1448-194129.

* Informe de evaluación del proceso de selección No. IPG 1448-194129.

* Reglas de Participación en el proceso de selección No. IPG 1466-194062.

* Informe de evaluación del proceso de selección No. IPG 1466-194062.

2.4.2. Para mejor proveer, esta Sala de Revisión solicitó al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, enviar con destino a esta Corporación, copia del Manual de Contratación, a través del cual se regula la celebración de los contratos correspondientes al giro ordinario de sus negocios.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Competencia

1. Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas en el trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Derechos constitucionales violados o amenazados

2. El accionante solicita la protección de su derecho fundamental al trabajo.

Problema jurídico

3. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar si es o no procedente la acción de amparo constitucional para proteger el derecho fundamental al trabajo (C.P. art. 25), el cual, a juicio del accionante, fue vulnerado por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, al exigir la acreditación de una experiencia específica como requisito habilitante para participar en la adjudicación de contratos de obra y consultoría distinta a la que se certifica para todas las entidades estatales a través del Registro Único de Proponentes y, además, por el hecho de descalificar la experiencia adquirida como funcionario público, al establecer que la verificación de la misma tan sólo se puede certificar por medio de la celebración de contratos de similar naturaleza jurídica al que es objeto de adjudicación, por diferentes valores y en determinados rangos de tiempo.

Para resolver el citado interrogante, (i) Sala Cuarta de Revisión reiterará a continuación sus precedentes en relación con el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, para lo cual deberá determinar si existen otros medios de defensa judicial para controvertir la decisión adoptada por la autoridad administrativa demandada; (ii) en caso de existir, estudiará si exigir una experiencia distinta a la que se acredita en el Registro Único de Proponentes y no otorgarle valor a la actividad profesional como funcionario público configura un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo constitucional de forma transitoria; y por último, (iii) en caso de resultar ello posible, procederá al análisis del caso en concreto, a fin de determinar si se presentó o no la supuesta violación del derecho fundamental invocado por el demandante.

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

4. Los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991 reconocen a la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y residual de protección de los derechos fundamentales, el cual tan sólo procede cuando los medios ordinarios de defensa judicial resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia SU-961 de 1997, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”, en este evento, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales⁸.

Sin embargo, dada la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha reconocido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial⁹. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”¹⁰

5. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, esta Corporación ha señalado que su configuración se subordina a la

demostración de cuatro (4) presupuestos básicos fijados en la sentencia T-225 de 199311, a saber: el perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable.

En todo caso, como se declaró en la sentencia SU-713 de 200612, la prosperidad de la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable debe valorarse en relación con la afectación o amenaza de un derecho ius fundamental y no frente a las consecuencias comerciales o económicas que le resulten adversas al accionante. Textualmente, en la citada providencia se declaró:

“Además debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. Nótese como, en el asunto bajo examen, no se argumentan las razones para considerar configurados los elementos que estructuran el perjuicio irremediable, y además, no se solicita su protección por la afectación, daño o menoscabo que se produciría a los derechos fundamentales invocados, sino al mal que se le generaría a INVERAPUESTAS S.A. por la adjudicación del contrato, en su opinión, por fuera de las reglas de la transparencia, los cuales se traducirían en el desequilibrio económico para una sociedad que lleva más de 10 años en las actividades del “Chance” y en los empleos permanentes y transitorios que se perderían por parte de más de 500 personas que se benefician de la explotación de dicho juego”¹³.

6. En el asunto bajo examen, este Tribunal observa que existen otros mecanismos de defensa judicial para controvertir las reglas de participación que se expiden por el FONADE, dirigidas a regular los procesos de selección que le permiten adjudicar los contratos que debe suscribir en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, al mejor proponente. En efecto, el accionante tiene a su disposición las acciones contenciosas previstas en el Código Contencioso Administrativo para controvertir la legalidad y solicitar la reparación de los daños que se le hayan ocasionado, con fundamento en el desconocimiento de la Constitución

y de las demás normas jurídicas que le sirven de fundamento a los actos administrativos previamente mencionados.

Precisamente, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006 y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, todas las controversias que se susciten frente a una entidad pública (con excepción de las sociedades de economía mixta con capital público inferior al 49%), sin importar si las mismas se originan o no en una actuación administrativa, deben ser resueltas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en la actualidad el ámbito de competencia de dicha jurisdicción se establece conforme a un criterio orgánico y no material. Al respecto, en providencia del pasado 7 de febrero de 2007, el máximo Tribunal de la justicia administrativa, manifestó que:

“(…) La Ley 1107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico”, no el “material”, es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no”¹⁴.

Por lo demás, la nueva redacción del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, acorde con la modificación realizada por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006, no admite discusión alguna, al disponer que:

“ARTICULO 82. OBJETO DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

En este sentido, si se considera que las reglas de participación que se establecen por el FONADE desconocen que la verificación de la experiencia para contratar debe realizarse conforme a la inscripción, calificación y clasificación que realizan los oferentes en el Registro Único de Proponentes y si, de igual manera, se estima que se infringe la Constitución y la ley al no permitir que la acreditación de dicha experiencia se realice con la certificación del desempeño profesional como funcionario público; el accionante puede revertir dicha situación mediante el ejercicio de las acciones contenciosas ante la justicia administrativa, promoviendo un juicio de legalidad frente a los mencionados actos administrativos.

Por consiguiente, la Sala Cuarta de Revisión encuentra que la acción de tutela propuesta, en principio, resulta improcedente pues en el ordenamiento jurídico existen otros medios de defensa judicial con la aptitud y suficiencia necesaria para solucionar la controversia jurídica planteada por el demandante. Así las cosas, a juicio de esta Corporación, la prosperidad de la presente acción se encuentra limitada a la demostración de un perjuicio irremediable.

Sobre la posible configuración de un perjuicio irremediable

7. Como lo ha reconocido en varias oportunidades este Tribunal, al juez constitucional le corresponde valorar las condiciones específicas de cada caso en particular frente al alcance y protección que confiere el otro medio de defensa judicial, para a partir de dicho análisis determinar si resulta o no procedente la acción de tutela, al menos como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁵.

8. En relación con la existencia del citado perjuicio, la jurisprudencia reiterada de la Corte, como ya se señaló, ha dicho que éste se configura cuando el accionante puede sufrir, directa o indirectamente, un daño objetivo de alta significación sobre un derecho ius fundamental, siempre y cuando su ocurrencia resulte inminente, su protección sea impostergable y, por lo tanto, se requiera la adopción de medidas urgentes para asegurar su defensa¹⁶. Al respecto, en la sentencia SU-1070 de 2003¹⁷, la Sala Plena sintetizó las condiciones que debe reunir un perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, retomando para el efecto lo afirmado en la sentencia T-225 de 1993¹⁸, en los siguientes términos:

“(…) es importante reiterar que en múltiples oportunidades esta Corporación, ha indicado que el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: (1) Se produce de manera cierta y evidente sobre un

derecho fundamental; (2) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

9. En opinión del demandante, el perjuicio irremediable que se presenta en este caso se apoya en la afectación del derecho fundamental al trabajo. Precisamente, en el escrito de demanda afirma que, como consecuencia de la decisión adoptada por el FONADE, consistente en exigir una experiencia distinta a la que se acredita en el Registro Único de Proponentes y de no otorgarle valor a la actividad profesional como funcionario público, se ha visto “imposibilitado para participar en los concursos y licitaciones que adelanta el FONADE (...), violándose así el derecho al trabajo, pues derivó mi sustento de esta actividad profesional, y por más que reúno los requisitos de ley para aspirar a celebrar un contrato después de concursar y licitar en igualdad de oportunidades, sencillamente, me quitan esta posibilidad, condenándome a tener que dejar la profesión estando plenamente habilitado para participar y eventualmente contratar”¹⁹.

10. De conformidad con los argumentos planteados por el demandante, la Corte encuentra que el perjuicio irremediable invocado para obtener el reconocimiento del amparo constitucional de manera transitoria no está llamado a prosperar, por las razones que a continuación se exponen:

- En primer lugar, en lo referente al núcleo esencial del derecho fundamental al trabajo, esta Corporación ha señalado que el mismo se concreta “en el respeto a las condiciones de igualdad para acceder a un puesto de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos de capacitación que exige cada tarea en particular”²⁰. De modo que, “este derecho no llega al extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público o privado, pues ello desbordaría el legítimo alcance de su concepción y el marco de las demás libertades y garantías consagradas en el estatuto fundamental”²¹.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso, la Corte pudo constatar que independientemente de la inconformidad planteada, en relación con la manera como se acredita la experiencia profesional para contratar con el FONADE, el demandante ha sido

descalificado en los procesos de selección que se han surtido por la citada entidad pública y en los cuales ha participado, por no haber subsanado las deficiencias de sus ofertas²² y por abstenerse de presentarlas en término²³. Por ello, mal podría esta Corporación tutelar de manera transitoria el derecho fundamental al trabajo, cuando el accionante no ha demostrado que cumple con los requisitos que aseguran la capacidad e idoneidad del contratista para cumplir con las prestaciones que surgen del negocio jurídico objeto de adjudicación.

- En segundo término, no se entiende cómo el actor afirma que la imposibilidad de contratar con el FONADE lo condena a dejar su profesión, cuando al mismo tiempo adjunta varias certificaciones que dan fe de su desempeño profesional como constructor independiente. Así, por ejemplo, en la propia hoja de vida sostiene que desde el año 1990 hasta la fecha, se ha ocupado como contratista de obras civiles y arquitectónicas en el sector público y privado en todo el territorio nacional, destacando el desarrollo de sus labores en las siguientes entidades públicas: Gobernación del Cesar, Gobernación del Magdalena, Alcaldía de Bogotá, Alcaldía de Santa Marta, Secretaría de Educación de Bogotá, Secretaría de Obras de Bogotá, Empresa de Energía de Bogotá, Instituto de Recreación y Deportes de Bogotá, Secretaría de tránsito de Bogotá, Caribcol, Mineralco, Instituto Nacional de Vías e Instituto de Transporte y Tránsito de Valledupar.

Por consiguiente, en la medida en la cual el desempeño laboral del accionante no depende de la adjudicación de contratos por parte del FONADE, es claro que la descalificación de sus propuestas, en nada afecta la posibilidad de ejercer su profesión como contratista de obras civiles y arquitectónicas de manera remunerada frente a otras entidades públicas y privadas, como se deduce del material probatorio aportado a este proceso. Por esta razón, la Sala Cuarta de Revisión observa que no existe un daño inminente sobre el derecho fundamental al trabajo que exija la protección tutelar de manera transitoria.

Con fundamento en lo anterior, a juicio de esta Corporación, es evidente que no se logró acreditar la existencia de un perjuicio irremediable frente al derecho fundamental al trabajo, que habilite transitoriamente al juez constitucional para intervenir en su defensa. En consecuencia, en el caso sub-judice, la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación confirmará los fallos de primera y segunda instancia que negaron la protección constitucional invocada por el actor, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo.- CONFIRMAR las sentencias del veintisiete (27) de marzo y del veintitrés (23) de mayo de 2006, a través de las cuales el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, las cuales negaron la tutela instaurada por el señor Gerardo Orozco Daza, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

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

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Folio No. 31 del cuaderno No. 1.

3 Folio No. 28 del cuaderno No. 1.

4 Folio No. 3 del cuaderno No. 1.

5 A manera de ejemplo, en las reglas de participación del proceso de licitación No. IPG 1507-193016, se exige como experiencia específica la siguiente: “El proponente deberá acreditar experiencia específica certificada en interventoría a proyectos de construcción de obras civiles que incluyan actividades de urbanismo. Para el efecto debe diligenciar el modelo del Formato 04 o uno similar, relacionando hasta cinco (5) contratos, cuya fecha de terminación se encuentre dentro de los últimos diez (10) años contados hasta la fecha de recepción de las ofertas, y en los que se cumpla con: - La sumatoria de los contratos relacionados en la propuesta, deberán corresponder en conjunto como mínimo a tres (3) veces el valor del presupuesto estimado expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.M.L.V. (882 S.M.M.L.V.); - Mínimo un contrato deberá ser superior o igual a 294 S.M.M.L.V.; - En conjunto los contratos relacionados para acreditar la experiencia, deberán reunir la interventoría a la ejecución de las siguientes actividades: redes de acueducto, redes de alcantarillado, redes eléctricas, base o súbbase de recebo, andenes, instalación de adoquines (mínimo 5200 m²), sardineles, amoblamiento urbano, demoliciones o estructuras de contención reforzado”. (Folio No. 48 del cuaderno No.1)

6 Sobre la materia, el actor transcribe el artículo 12 de la citada ley, de acuerdo con el cual: “Para los efectos del ejercicio de la ingeniería o de alguna de sus profesiones afines o auxiliares, la experiencia profesional solo se computará a partir de la fecha de expedición de la matrícula profesional o del certificado de inscripción profesional, respectivamente. Todas las matrículas profesionales, certificados de inscripción profesional y certificados de matrícula otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley conservan su validez y se presumen auténticas”.

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

8 Véase, además, las sentencias T-287 de 1995, T-384 de 1998, T-554 de 1998, SU-086 de 1999, T-716 de 1999, T-156 de 2000, T-418 de 2000, T-815 de 2000, SU-1052 de 2000,

T-482 de 2001, T-1062 de 2001, T-135 de 2002, T-500 de 2002, T-179 de 2003 y T-978 de 2006.

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

10 Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Subrayado por fuera del texto original.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 8 de febrero de 2007, expediente: 30.903. En el mismo sentido, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Auto del 18 de julio de 2007, expediente 29.745.

15 Véase, entre otras, las sentencias T-026 y T-273 de 1997, T-235 y T-414 de 1998, T-057 de 1999, T-815 y SU-1052 de 2000.

16 En cuanto a la noción de perjuicio irremediable, en sentencia T-535 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se dijo que el mismo consiste en la “hipótesis excepcional, que se caracteriza por la inminencia de un hecho generador de un perjuicio que sólo puede ser conjurado con medidas urgentes, las cuales deben ser adoptadas inmediatamente, pues de otra manera resultaría inevitable la vulneración o amenaza para los derechos fundamentales”.

17 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Folio No. 3 del cuaderno No. 1.

20 Sentencia C-606 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

- 21 Sentencia T-014 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.
- 22 Procesos de selección Nos. IPG 1448-194129 e IPG 1466-194062.
- 23 Procesos de selección Nos. IPG 1496-195065 e IPG 1507-193016.
- 24 Dispone la norma en cita: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.
- 25 Ley 1150 de 2007. Artículo 6.