

Sentencia T-1046/10

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Caso en que se reúnen todos los presupuestos necesarios para tal declaración y no se evidencia razón alguna que habilite a los accionantes para instaurar dos acciones con identidad de sujetos y de pretensión

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Improcedencia por existencia de otros mecanismos judiciales de defensa y ausencia de perjuicio irremediable

En el caso de los actos administrativos, la Corte ha señalado que por regla general el recurso de amparo es improcedente, teniendo en cuenta que contra esas decisiones administrativas procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y al acudir a esa herramienta, el accionante puede solicitar la suspensión provisional del acto que ocasiona la vulneración; empero, si se pretende evitar un perjuicio irremediable, puede emplearse como mecanismo transitorio

Referencia: expediente T-2.735.419

Acción de Tutela instaurada por R.M.R Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO).

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

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 Siete 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. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El 19 de abril de 2010, Roberto Muñoz Roa, en su condición de representante legal del Consorcio Tabio 2006 y de la sociedad R.M.R Construcciones S.A., y Miguel Ignacio Castro Covelli, en su condición de representante legal de Constructora AMCO Ltda., como integrantes del Consorcio Tabio 2006, interpusieron acción de tutela contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), con el fin de obtener la protección transitoria de sus derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y al trabajo, mientras se pronuncia la jurisdicción contencioso administrativa.

Fundamentan su petición en los siguientes:

1. HECHOS

1. El Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO) realizó un concurso de méritos para la elaboración del diseño arquitectónico y demás diseños y estudios técnicos necesarios para el proyecto de construcción, adecuación y dotación de la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander en Tabio (Cundinamarca).

1. El 10 de noviembre de 2006, el Consorcio Tabio 2006, integrado por las sociedades R.M.R

Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., presentó al FORPO su propuesta para la celebración del contrato, que finalmente le fue adjudicado mediante Resolución N° 01620 del 07 de diciembre de 2006.

1. El 15 de diciembre de 2006, el FORPO suscribió con el Consorcio Tabio 2006 el contrato de consultoría N° 191 de 2006, para la elaboración del diseño arquitectónico y demás diseños y estudios técnicos necesarios para el proyecto de construcción, adecuación y dotación de la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander en Tabio (Cundinamarca).

1. El Consorcio Tabio 2006 celebró el contrato de seguro de garantía única de cumplimiento con la Compañía Aseguradora de Fianzas, Confianza S.A., para garantizar las obligaciones del contrato de consultoría suscrito con el FORPO.

1. Para brindar esa cobertura, Confianza S.A. pidió al Consorcio Tabio 2006 que entregara una contragarantía, consistente en un pagaré firmado por los miembros del consorcio y otra persona natural, para que en caso de siniestro, la aseguradora pudiese recobrar las sumas canceladas al asegurado y/o beneficiado como indemnización, cuando ésta fuere procedente de conformidad con la ley.

1. El plazo de ejecución del contrato de consultoría venció el 30 de noviembre de 2007.

1. El 30 de noviembre de 2007, con el aval de la interventoría del contrato, el FORPO recibió de parte del Consorcio Tabio 2006, todos los diseños arquitectónicos y estudios restantes. El acta final de entrega de la consultoría se suscribió por el contratista, la supervisora y el interventor del contrato, en la misma fecha, y posteriormente, se autorizó el pago del saldo

final del valor del contrato al Consorcio Tabio 2006, esto fue la suma de \$3.404'683.136.

1. El 3 de diciembre de 2007, el FORPO expidió una constancia por medio de la cual declaró que el Consorcio Tabio 2006 cumplió con el objeto del contrato de consultoría, y con todas las actividades allí previstas.

1. Con base en los diseños arquitectónicos, planos y estudios entregados por el Consorcio Tabio 2006 en virtud de la ejecución del contrato de consultoría, el FORPO inició el proceso de contratación directa N° 134-2007, para la "Construcción y dotación. Primera fase. Escuela de cadetes de la Policía General Santander Tabio - Cundinamarca".

1.2.10. El proceso de contratación directa fue declarado desierto por el propio FORPO, porque estimó que ninguna de las ofertas cumplía con lo que se había exigido, tal y como se observa en la Resolución N° 1285 de 2007.

1.2.11. El 19 de noviembre de 2008, alrededor de un año después de haber vencido el plazo del contrato de consultoría celebrado con el Consorcio Tabio 2006, el FORPO profirió la Resolución N° 853 de 2008, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato de consultoría N° 191 de 2006 e hizo efectivo el amparo de calidad del contrato de seguro antes mencionado.

1.2.12. El apoderado del Consorcio Tabio 2006 interpuso oportunamente recurso de reposición contra la Resolución N° 853 de 2008 para que ésta fuera revocada, sin embargo, se expidieron las Resoluciones N° 105 y 273 de 2009, que confirmaron lo decidido e impusieron una sanción adicional, como lo fue la publicación de la parte resolutive de los actos sancionatorios en la Cámara de Comercio, el Diario Oficial y en la Procuraduría General de la Nación.

1.2.13. Consideran los accionantes que con la expedición de la Resoluciones N° 853 de 2008, 105 y 273 de 2009, el FORPO violó la normativa constitucional, pues desconoció lo establecido en el artículo 29 Superior con relación al derecho a la defensa y al debido

proceso.

1.2.14. El Consorcio Tabio 2006 y sus miembros, para agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad contractual, formularon una solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, que fue radicada el 26 de agosto de 2009. La Procuraduría General de la Nación llevó a cabo la audiencia respectiva a la cual acudieron el Consorcio Tabio 2006 y sus miembros, y el FORPO; la conciliación se declaró fallida por la falta de ánimo para conciliar.

1.2.15. El 21 de octubre de 2009, en ejercicio de la acción contractual prevista por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el Consorcio Tabio 2006 y sus miembros formularon demanda de nulidad contra las Resoluciones N° 853 de 2008, 105 y 273 de 2009 del FORPO, así como peticiones para el debido restablecimiento del derecho e indemnizaciones a que hubiere lugar. En la demanda también solicitaron la suspensión provisional de los actos administrativos.

1.2.16. El 10 de marzo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó la suspensión provisional de las Resoluciones N° 853 de 2008, 105 y 273 de 2009, por considerar que no se presentaban los requisitos que hacen viable la suspensión, pues no se encontraba demostrado lo que los accionantes alegaban como manifiesta violación por parte de la entidad demandada.

1.2.17. Los actores consideran que es urgente una medida transitoria de protección mientras se pronuncia definitivamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en junio de 2009 por requerimiento del FORPO, Confianza S.A. realizó el pago del valor del siniestro y posteriormente exigió a los miembros del consorcio el pago del valor cancelado. De manera que si la aseguradora inicia un proceso ejecutivo, podrían generarse medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes inmuebles, muebles, cuentas de cobro derivadas de contratos estatales, y dineros, afectando la actividad comercial y profesional de las sociedades que integran el consorcio, lo cual tendría como causa los actos administrativos expedidos por el FORPO con vulneración de los derechos fundamentales señalados.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Auto del veintiuno (21) de abril de 2010, el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela y dio traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

1. Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO)

Mediante escrito del 27 de abril de 2010, Dora Moreno Herrera, obrando en calidad de apoderada judicial del Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), se opuso a las pretensiones de los accionantes, y solicitó, primero, que se desestime por improcedente la acción de tutela impetrada; segundo, en su defecto, que se rechace por temeridad como quiera que se presentó la misma acción ante diferentes juzgados, y, tercero, que se ordene el archivo del expediente de conformidad con la normativa vigente (Cd.1, fl.378). Sus argumentos se resumen a continuación:

1.3.1.1. Sostuvo que mediante oficio N° 0050 del 19 de abril de 2010, procedente del Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, se notificó al FORPO de una acción de tutela instaurada en su contra por el Consorcio Tabio 2006.

Afirmó que la presente acción de tutela y la que cursa en el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., contienen la misma pretensión, los mismos fundamentos y fue adelantada por el mismo actor frente al mismo accionado (Cd.1, fl.364 y 378).

Señaló que la misma acción de tutela fue presentada en dos estrados judiciales más, el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito y el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá D.C., las que ya fueron resueltas denegando la pretensión y de cuyos fallos se aporta copia (Cd.1, fl.365, 369 y 379).

Por estas razones consideró que si se admite nuevamente la solicitud de amparo, se incurriría en la conducta prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, es temerario el ejercicio de la acción de tutela cuando el accionante acude en más de una oportunidad ante el juez constitucional con el propósito de exponer un mismo caso, con iguales pretensiones y sin un motivo expresamente justificado.

1.3.1.2. De otro lado, aseguró que en este caso no existe un perjuicio irremediable que haga

procedente el amparo, pues “(...) el perjuicio irremediable es aquél que genera una situación real que resulta físicamente imposible de retrotraer o devolver, es decir el que produce efectos fatales, irremovibles, irrecuperables si el perjuicio llega a acaecer, circunstancia extrema que es la que hace razonable la tan excepcional intervención del juez de tutela en estos casos (...) es evidente que el demandante no se encuentra ante un perjuicio irremediable, por lo que la tutela que aquí se instaura es improcedente.” (Cd.1, fl.380).

1.3.1.3. Por último, sostuvo que la jurisdicción contencioso administrativa, se pronunció de fondo sobre la solicitud de suspensión provisional que pretende el accionante por vía de tutela, de la siguiente manera:

“(...) por lo anterior, considera la Sala que no está llamada a prosperar en este momento la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones N° 853 de 2008, por medio de la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones del contratista Consorcio Tabio 2006, respecto de la calidad del servicio, en los términos en que se comprometió de acuerdo con el contrato N° 191 de 2006, y como consecuencia de ello declaró ocurrido el siniestro respecto de amparo de calidad en la suma de (\$3.039.002.800); dicha resolución fue confirmada por la resoluciones 105 y 273 de 2009, por no haberse acreditado la manifiesta infracción de una norma así como tampoco se acreditó siquiera de manera sumaria el perjuicio que podría sufrir el demandante, con la ejecución de la Resolución demandada.” (Negrillas fuera de texto) (Cd.1, fl.382).

De manera que estimó que lo pretendido por el Consorcio Tabio 2006 ya fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y una vez satisfecho el amparo tutelar, se está frente a un hecho superado, por lo que la decisión que pueda llegar a adoptar el juez de tutela con respecto al caso concreto resultaría inocua.

A continuación se relacionan las pruebas documentales que reposan en el expediente:

1. Copia del documento de constitución del Consorcio Tabio 2006 y del acuerdo de modificación (Cd.1, fl.8-10).

1. Copia del contrato de diseño arquitectónico N°191 del 2006 celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y el Consorcio Tabio 2006, y sus actas adicionales (Cd.1, fl.11-34).

1. Copia del acta final de consultoría y del acta N° 01 de terminación del contrato (Cd.1, fl.35-39).

1. Copia de la Resolución N° 1285 de 2007 por la cual se declaró desierta la contratación directa N° 134 - 2007 (Cd.1, fl.81-178).

1. Copia de la Resolución N° 00853 del 19 noviembre de 2008 “Por la cual se declara el incumplimiento, y se hace efectiva la póliza de calidad del contrato de diseño arquitectónico N° 191 de 2006” (Cd.1, fl.179-233).

1. Copia del recurso de reposición interpuesto por los accionantes contra la Resolución N° 00853 expedida el 19 de noviembre de 2008, por el Director General del Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO) (Cd.1, fl.234-243).

1. Copia de la Resolución N° 00105 del 18 de febrero de 2009 “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 853 del 19 de noviembre de 2008” (Cd.1, fl.244-253).

1. Copia del recurso de reposición interpuesto por los accionantes contra la Resolución N°

00105 expedida el 18 de febrero de 2009, por el Director General del Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO) (Cd.1, fl.254-256).

1. Copia de la Resolución N° 00273 del 30 de abril de 2009 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Consorcio Tabio 2006, contra la resolución N° 105 del 18 de febrero de 2009” (Cd.1, fl.257-259).

1.4.10. Copia de la Sentencia proferida el 06 de julio de 2009, por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá D.C., con ocasión de la acción de tutela interpuesta por R.M.R Construcciones S.A. contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), y en la cual se denegó el amparo solicitado (Cd.1, fl.365-368).

1.4.11. Copia de la Sentencia proferida el 10 de julio de 2009, por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C., con ocasión de la acción de tutela interpuesta por la Constructora AMCO Ltda., contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), y en la cual se denegó el amparo solicitado (Cd.1, fl.369-376).

1.4.12. Copia del acta de constancia de no acuerdo N°601 de 2009 entre R.M.R Construcciones S.A., la Constructora AMCO Ltda. y el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), suscrita en la audiencia de conciliación convocada por la Procuraduría Sexta Judicial II Administrativa (Cd.1, fl.303-319).

1.4.13. Copia del Auto del 10 de marzo del año 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en el que se negó la solicitud de suspensión provisional de la Resolución N° 853 de 2008 y las Resoluciones N° 105 y 273 que la confirmaron (Cd.1, fl.352-363).

1.5. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1.5.1. Mediante Auto del 12 de noviembre de 2010, la Sala puso en conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la presente acción de tutela y otorgó un término de tres días hábiles para que manifestara lo que estimara pertinente (Cd.3, fl.35 y 36).

1.5.2. Mediante Auto del 22 de noviembre de 2010, la Sala ofició al Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., para que en el término de tres días hábiles remitiera copia de la acción de tutela adelantada por R.M.R Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), de la cual ofició a éste último mediante oficio N° 0050 del 19 de abril de 2010, y dado el caso, del fallo de la misma (Cd.3. fl. 40-42).

1.6. PRUEBAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante oficio 3307 del 24 de noviembre de 2010, el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C. remitió copia de la acción de tutela 2010-00614, en la que Roberto Muñoz Roa, representante legal del Consorcio Tabio 2006 y de la sociedad R.M.R Construcciones S.A., y Miguel Ignacio Castro Covelli, representante legal de Constructora AMCO Ltda., solicitaron la suspensión transitoria de los efectos jurídicos de las Resoluciones N° 853 de 2008 y N° 105 y 273 de 2009 proferidas por el FORPO; pretensión que fue negada por improcedente (Cd.3. fl.46-114).

1. DECISIONES JUDICIALES

1. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO CUARENTA CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

El Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante providencia del cuatro (04) de mayo de 2010, declaró que no existe temeridad en la acción de tutela adelantada, pero que no es posible acceder al amparo deprecado, dado que tal decisión ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, despacho que a través de Auto del 10 de marzo de 2010, negó la suspensión provisional de las resoluciones a través de las cuales se sancionó al Consorcio Tabio 2006. (Cd.1, fl.384 y 390).

Con respecto a la temeridad manifestó:

“(…) el despacho observa que la entidad accionada anexa copias de los fallos emitidos por

diferentes corporaciones en donde se vislumbra que el Consorcio Tabio 2006, y sus integrantes Constructora AMCO Ltda., y RMR Construcciones S.A. por separado han presentado acciones de tutela, actuando en cada una de ellas accionantes diferentes a los que aquí pretenden hacer valer sus derechos, y por faltar copias de los escritos que contienen los hechos y las pretensiones realizadas en cada una de ellas, este despacho no tiene la certeza que los amparos interpuestos se encuentren en las características previstas en las sentencias transcritas, por lo que en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso y con él, el de defensa no se dispondrá que (sic) el presente asunto exista temeridad.” (Cd.1, fl.388). (Negrillas fuera de texto).

1. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El señor Roberto Muñoz Roa, obrando en su condición de representante legal de la sociedad R.M.R Construcciones S.A., y Miguel Ignacio Castro Covelli, obrando en su condición de representante legal de la Constructora AMCO Ltda., no se mostraron conformes con el fallo de primera instancia, por lo que lo impugnaron, teniendo en cuenta que:

“Si bien por medio de la correspondiente demanda contractual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las sociedades actoras en este procedimiento acudieron ante la justicia para demandar la nulidad de las resoluciones dictadas por el FORPO, se utilizó este mecanismo constitucional excepcional en tanto se pronunciaba favorablemente a las solicitudes planteadas, en tanto y en cuanto en ellas se había incurrido en violación de los derechos fundamentales.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció negativamente, respecto de la petición de suspensión provisional de los actos acusados, mediante auto que fue apelado, por lo cual todavía no hay una decisión definitiva.

Si bien existe un pronunciamiento denegatorio de la jurisdicción respecto de la suspensión provisional, hasta ahora esa decisión no ha producido ningún efecto, es como si no existiera, pues está sub-judice.” (Cd.1, fl.418).

1. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA: JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

El Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia del once (11) de junio de 2010, resolvió revocar la sentencia proferida el cuatro (04) de mayo de 2010 por el Juzgado 40 Civil Municipal de Bogotá D.C. y tutelar los derechos fundamentales del accionante (Cd.2, fl. 20), habida cuenta que:

“(…) pese a que el procedimiento ordinario al que se sometió con total acierto el debate legal del acto administrativo evidentemente es el mecanismo apto e idóneo para la protección de los derechos invocados, lo cierto es que no resulta, tal y como lo mencionan las accionantes, ser el mecanismo más eficaz, para menguar los efectos de tales decisiones administrativas.

En este punto hay que dejar claro que el hecho de que la jurisdicción administrativa haya decidido denegar la suspensión provisional de las resoluciones atrás anotadas, no es impedimento para que por la presente vía constitucional se suspendan sus efectos, de cara a la transgresión del derecho fundamental aquí vislumbrado, más aún cuando dicha negación era presupuesto para acudir al amparo constitucional, situación que desde un principio advirtió la actora.” (Cd.2, fl.17).

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Previo concurso de méritos, el 15 de diciembre de 2006 el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO) suscribió con el Consorcio Tabio 2006, integrado por las sociedades R.M.R Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., el contrato de consultoría N° 191 de 2006 para la elaboración del diseño arquitectónico, demás diseños y estudios técnicos necesarios para el proyecto de construcción, adecuación y dotación de la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander en Tabio (Cundinamarca). Para ello fue necesario que el Consorcio Tabio 2006 celebrara el contrato de seguro de garantía única de cumplimiento con la Compañía Aseguradora de Fianzas, Confianza S.A., para así garantizar las obligaciones del contrato de consultoría suscrito con el FORPO.

El 30 de noviembre de 2007, con el aval de la interventoría del contrato, el FORPO recibió todos los diseños arquitectónicos y estudios restantes y, en consecuencia, efectuó el pago del valor del contrato al Consorcio Tabio 2006. Sin embargo, el 19 de noviembre de 2008, el FORPO profirió la Resolución N° 853 de 2008, a través de la cual declaró el incumplimiento del contrato de consultoría e hizo efectivo el amparo de calidad del contrato de seguro antes mencionado; aunque el Consorcio Tabio 2006 interpuso oportunamente recurso de reposición contra dicha resolución, ésta fue confirmada mediante Resoluciones N° 105 y 273 de 2009.

El 21 de octubre de 2009, los integrantes del Consorcio Tabio 2006 interpusieron demanda de nulidad contra tales actos administrativos, así como peticiones para el debido restablecimiento del derecho y la suspensión provisional de tales actos. El 10 de marzo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó la suspensión provisional de los actos administrativos por considerar que no se presentaban los requisitos que la hacían viable. El proceso de nulidad contractual aún se encuentra en curso.

El 19 de abril de 2010, Roberto Muñoz Roa, representante legal del Consorcio Tabio 2006 y de la sociedad R.M.R Construcciones S.A., y Miguel Ignacio Castro Covelli, representante legal de Constructora AMCO Ltda., como integrantes del Consorcio Tabio 2006, interpusieron acción de tutela contra el FORPO por la expedición de actos administrativos -las resoluciones aludidas-, que sostienen, fueron proferidos con violación de sus derechos fundamentales al

debido proceso y al buen nombre, y que podrían repercutir en su derecho al trabajo. Los accionantes pretenden el amparo transitorio de dichos derechos mientras se pronuncia la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, el presente caso gira en torno a determinar si los actos administrativos expedidos por el FORPO, mediante los cuales dicha entidad declaró y confirmó el incumplimiento del contrato de consultoría N° 191 de 2006 por parte del Consorcio Tabio 2006, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y al trabajo de los accionantes y si, en consecuencia, es viable su suspensión por vía de tutela.

Para resolver este problema, la Sala debe examinar, en primer lugar, si en el presente caso la tutela fue interpuesta con temeridad; en segundo lugar, si la acción de tutela es procedente, considerando que cuando se interpone contra actos administrativos, su procedencia es excepcional; y en tercer lugar, y sólo en el caso de superar el análisis de procedencia, si en el caso concreto la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales de los tutelantes.

1. EXAMEN DE LA POSIBLE EXISTENCIA DE TEMERIDAD.

3.3.1. Consideraciones generales.

3.3.1.1. Considerando lo establecido en los artículos 2, 4 -Inc. 2-, 83 y 95 -Num. 1 y 7- Superiores, los titulares de las acciones constitucionales y legales consagradas en el ordenamiento para garantizar la efectividad de los derechos, deben mostrar una lealtad mínima en el cumplimiento de los deberes y cargas correlativas.

3.3.1.2. En la misma línea, en virtud de los principios de buena fe y economía procesal y, a su vez, para evitar el uso desmedido de la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 reprocha en su artículo 38 las actuaciones temerarias, que son aquellas que se presentan cuando:

“(…) sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”.

3.3.1.3. Esta Corporación ha sido recurrente al señalar que las actuaciones temerarias

contrarían el principio de la buena fe y constituyen una forma de abuso del derecho, *verbi gratia*, en la Sentencia T-1215 de 2003 se expresó:

“(…) la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaura nuevamente una acción de tutela¹.” (Negrillas fuera de texto).

3.3.1.4. Teniendo en cuenta que la buena fe se presume, en la sentencia citada anteriormente la Corte precisó que una declaración de temeridad requiere un análisis detallado de la pretensión, los hechos que la fundamentan y los elementos probatorios que constan en el proceso. La Corte expresó:

“(…) Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso.”² (Negrillas fuera de texto).

3.3.1.5. La Corte también ha manifestado que el juez de tutela deberá declarar improcedente la acción, cuando encuentre que la situación bajo estudio es idéntica en su contenido mínimo a un asunto que ya ha sido fallado o cuyo fallo está pendiente, y que deberá observar detenidamente la argumentación de las acciones que se cotejan, ya que habrá temeridad cuando mediante estrategias argumentales se busque ocultar la identidad entre ellas. Así, en la Sentencia T-1104 de 2008, precisó esta Corporación:

“(…) cuando se interpone una nueva acción de amparo respecto de un caso que guarda identidad con otro anterior, procurando mediante técnicas y estrategias argumentales ocultar la mencionada identidad, es presumible *prima facie* el uso temerario de la acción de tutela. Esto por cuanto el cambio de estrategia argumental o la relación de hechos que en realidad ni son nuevos ni fueron omitidos en el fallo anterior, conlleva la intención de hacer

incurrir en error al juez, y sacar beneficio de ello. Resulta pues inaceptable que con dicho interés se haga uso del mecanismo judicial de la tutela. Por ello si el juez de amparo detecta que el caso jurídico que se le presenta, en su contenido mínimo (pretensión, motivación y partes) guarda identidad con otro pendiente de fallo o ya fallado, debe declarar improcedente la acción. Aunque, no sólo esto, sino además si llegase a determinar que por medio de la interposición de la tutela se persiguen fines fraudulentos, deberá entonces tomar las medidas sancionatorias que para estos casos dispone el ordenamiento jurídico.”³ (Negrillas fuera de texto).

3.3.1.6. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que cuando se invocan nuevos hechos⁴, como cuando la autoridad demandada continúa vulnerando los derechos del accionante, o cuando el rechazo de la primera tutela es atribuible a errores en el trámite de la tutela por parte del juez⁵, puede adelantarse un nuevo recurso de amparo sin que se dé lugar a una conducta temeraria.

3.3.1.7. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha señalado, que cuando el actor o su representante legal interponen varias acciones de tutela con relación a los mismos hechos, para requerir la protección de los mismos derechos⁶, en diferentes oportunidades, independientemente que sea ante el mismo o distinto juez⁷, y cuando la reiteración en la presentación del recurso de amparo se lleva a cabo sin acreditar un motivo razonable que justifique la nueva acción⁸, incurrirán en una conducta temeraria.

3.3.1.8. En resumen, la Corte ha señalado que para que se presente una actuación temeraria en el ejercicio del recurso de amparo es preciso que concurren los elementos que a continuación se señalan⁹:

i) Identidad de partes, es decir, que las acciones sean presentadas por el mismo accionante y contra el mismo accionado.

ii) Identidad en la causa petendi, esto es, que la solicitud tenga fundamento en los mismos hechos, lo que también envuelve la situación en la que mediante técnicas y estrategias argumentales se pretende ocultar tal identidad.

iii) Identidad de objeto, lo cual implica que la protección solicitada en las acciones de tutela sea la misma, o que con ellas se pretenda el amparo del mismo derecho fundamental.

No obstante, aún cuando el juez de tutela encuentre que en un caso concurren los elementos señalados y que, en principio, llevarían al rechazo de la solicitud, debe comprobar que no existe una causa razonable para hacer un nuevo uso de la acción.

3.3.2. No existe temeridad respecto a las acciones de tutela interpuestas por los demandantes ante los juzgados Cuarenta y Dos Civil del Circuito y Veintiuno Civil Municipal de Bogotá D.C., en el año 2009.

3.3.2.1. En el caso concreto, R.M.R Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda. interpusieron acciones de tutela respectivamente ante el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito y el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá D.C. contra el FORPO, las cuales fueron decididas el 06 y el 10 de julio de 2009.

3.3.2.2. Si bien es cierto que las acciones de tutela aludidas presentan igualdad de hechos, partes y pretensiones, con relación a la acción de tutela que se estudia en sede de revisión, también lo es que el 10 de marzo de 2010 se presentó un nuevo hecho, pues, primero, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por R.M.R Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., integrantes del Consorcio Tabio 2006, con el fin de que se declarara la nulidad de la Resoluciones N° 853 de 2008, y N° 105 y 273 de 2009; y, segundo, negó la solicitud de suspensión provisional de dichos actos administrativos.

3.3.2.3. Considerando que este hecho -la negativa a la suspensión provisional- es posterior a los hechos relatados en las tutelas interpuestas en el año 2009, para la Sala se justifica una nueva acción, y en esa medida, no se configura una actuación temeraria.

3.3.3. Existencia de temeridad respecto a la acción de tutela interpuesta por los accionantes ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., en el año 2010.

3.3.3.1. Por el contrario, para la Sala sí existe una conducta temeraria en relación con la acción de tutela que se adelantó ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C. En efecto, la tutela fue interpuesta por parte de los mismos accionantes, contra los

mismos accionados, por los mismos hechos, con la solicitud de las mismas pretensiones que se presentaron en la acción de tutela bajo revisión y en una oportunidad cercana, es decir, después de que la acción contractual fuera admitida y la suspensión provisional fuera negada, como a continuación se analiza:

3.3.3.2. En primer lugar, la acción de tutela adelantada ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., fue interpuesta por Roberto Muñoz Roa, en su condición de representante legal del Consorcio Tabio 2006 y de R.M.R Construcciones S.A., y por Miguel Ignacio Castro Covelli, en su condición de representante legal de la Constructora AMCO Ltda., contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), de manera que las partes en dicha acción son las mismas que en la acción de tutela que se revisa (Cd.3, fl.51 y Cd.1, fl.320).

3.3.3.3. En segundo lugar, los hechos relatados en la acción de tutela interpuesta ante aquel juzgado también son idénticos a los hechos relatados en el recurso de amparo que se adelantó ante el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá D.C., y que ahora revisa esta Corporación (Cd.3, fl.51-73 y Cd.1, fl.320-342).

3.3.3.4. En tercer lugar, al cotejar las pretensiones de las acciones de tutela presentadas ante los juzgados Sesenta y Siete Civil Municipal y Cuarenta Civil Municipal de Bogotá D.C. se observa que son idénticas. (Cd.3, fl.69 y Cd.1, fl.338).

3.3.3.5. Por último, las acciones se adelantaron con cuatro días de diferencia. La acción de tutela bajo estudio fue interpuesta el 19 de abril de 2010, mientras que la que se presentó ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal fue interpuesta el 15 de abril de 2010, y no hubo lugar a la ocurrencia de nuevos hechos entre una y otra. (Cd.3, fl.51-73 y Cd.1, fl.320-342).

3.3.4. Por lo antes expresado, esta Sala considera que la acción de tutela estudiada es temeraria con respecto a la acción tutela que se interpuso el 15 de abril de 2010 ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., ya que reúne todos los presupuestos necesarios para tal declaración, y no se evidencia razón alguna que habilite a los accionantes para instaurar dos acciones con identidad de sujetos y de pretensión.

3.4. IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA POR EXISTENCIA DE OTROS MECANISMOS JUDICIALES DE DEFENSA Y AUSENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Además de que la presente acción de tutela es temeraria, la Sala observa que también sería improcedente, por inexistencia de un perjuicio irremediable que justifique su procedencia en vista de la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, como a continuación se analiza:

3.4.1. Consideraciones generales.

3.4.1.1. La Constitución Política dispone en su artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando tales derechos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y no procederá si existe otro medio de defensa judicial, salvo que éste no sea eficaz o exista la amenaza de un perjuicio irremediable, evento en el cual, la tutela procederá como mecanismo transitorio hasta que la autoridad correspondiente tome una decisión de fondo sobre el asunto¹⁰.

3.4.1.2. En el caso de los actos administrativos, la Corte ha señalado que por regla general el recurso de amparo es improcedente, teniendo en cuenta que contra esas decisiones administrativas procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y al acudir a esa herramienta, el accionante puede solicitar la suspensión provisional del acto que ocasiona la vulneración; empero, si se pretende evitar un perjuicio irremediable, puede emplearse como mecanismo transitorio¹¹.

Así, *verbi gratia*, en la Sentencia T-514 de 2003, esta Corporación manifestó con respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos:

“la Corte concluye (i) que 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 tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos 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

(artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” 12 (Negrillas fuera de texto).

Posteriormente, en la Sentencia T-1048 de 2008, la Corte enfatizó:

“(…) la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración. Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal ha advertido las siguientes consecuencias:

‘(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)¹³ y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)¹⁴’.¹⁵ (Negrillas fuera de texto).

De esta manera, la Sala insiste en que como regla general, el recurso de amparo no procede como mecanismo principal frente a actos proferidos por autoridades administrativas, ya que para ello se han establecido otros instrumentos judiciales; sin embargo, excepcionalmente, la acción de tutela procede de manera transitoria si se comprueba la existencia de un perjuicio

irremediable o ante la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios.

3.4.1.3. Siguiendo lo anterior, es necesario aclarar lo que la jurisprudencia constitucional ha definido como perjuicio irremediable¹⁶. Así, en la Sentencia T-634 de 2006, señaló esta Corporación:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

‘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 irreparable¹⁷.’¹⁸ (Negritas fuera de texto).

3.4.1.4. En resumen, un perjuicio irremediable tiene lugar en el evento en que sobre un derecho fundamental recaiga un peligro que atente contra su subsistencia con inminencia y gravedad, por lo que se torna imprescindible la puesta en práctica de medidas impostergables que lo contrarresten; y como se ha dicho, si éste se configura, el recurso de amparo procederá de manera transitoria hasta que el juez respectivo decida la controversia de fondo.

3.4.2. Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso debido a la existencia de un mecanismo judicial de defensa idóneo y la ausencia de un perjuicio irremediable.

3.4.2.1. Existencia de un mecanismo judicial de defensa idóneo.

3.4.2.1.1. Teniendo en cuenta la existencia de un medio de defensa judicial idóneo, como lo es en este caso, la suspensión provisional en sede administrativa, considera la Sala que la presente acción de tutela es improcedente.

3.4.2.1.2. El ordenamiento jurídico permite que de manera conjunta a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se solicite la suspensión provisional de los actos administrativos que presuntamente vulneran normas superiores, solicitud que, según el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo, deberá ser resuelta por el juez contencioso en el auto admisorio de la demanda respectiva. La procedencia de la solicitud de suspensión provisional implica el cumplimiento los requisitos que la Ley ha establecido; tales requisitos se encuentran consagrados en el artículo 152 del mismo estatuto.

3.4.2.1.3. Con respecto a la suspensión provisional de los actos administrativos, esta Corporación ha señalado que la misma se trata de una garantía esencial con relación a las decisiones violatorias de normas superiores por parte de la administración, pues lleva a que éstas no produzcan efectos, mientras se toma una decisión definitiva; y reitera que presenta un carácter expedito, ya que la decisión con relación a la suspensión se toma en la primera oportunidad que tiene el juez en el proceso, es decir, en el auto que admite la demanda. Así, en la Sentencia C-127 de 1998, expresó la Corte:

“La suspensión provisional de un acto administrativo, es una garantía esencial para el ciudadano frente a una decisión ostensiblemente violatoria de normas superiores. Es la manera más expedita para impedir que los efectos de una decisión administrativa, violatoria de normas superiores, continúe produciendo consecuencias, que sólo cesarían cuando se produjera la sentencia respectiva. Asunto que puede tardar muchos meses, e incluso años.”¹⁹ (Negrillas fuera de texto).

3.4.2.1.4. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico presenta la posibilidad de solicitar la suspensión provisional en sede administrativa como una garantía esencial frente a las decisiones manifiestamente violatorias de normas superiores, y que dicho mecanismo es el más expedito, en la medida en que el juez administrativo conoce del mismo en el auto admisorio de la demanda, la Sala considera que se trata del medio de defensa idóneo, lo que hace improcedente la tutela. Además, si bien en el caso concreto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, no concedió la suspensión provisional de los actos administrativos proferidos por el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), tal decisión ha sido objeto de apelación por parte de los accionantes como ellos mismos lo señalaron y el proceso continúa ante el juez administrativo (Cd.1, fl.418).

3.4.2.2. Ausencia de perjuicio irremediable.

3.4.2.2.1. La Sala observa que lo que los demandantes alegan es la posible configuración de un perjuicio pecuniario, pues de lo sostenido por ellos, se infiere que los daños que tendrían lugar en el evento en que la compañía aseguradora inicie un proceso ejecutivo y utilice medidas cautelares, son de carácter estrictamente económico. En ese sentido, los accionantes manifestaron:

“(…) hacia junio de 2009, por requerimiento del FORPO la Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA S.A. realizó el pago del valor del siniestro por \$3’039.200.800, ésta le ha exigido en varias ocasiones a los miembros del Consorcio Tabio 2006 el pago del valor de lo cancelado al FORPO.

(…) Si la Compañía Aseguradora inicia un proceso ejecutivo en contra del Consorcio Tabio 2006, RMR Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., y/o el señor Muñoz Rodríguez, fruto de esa actuación ilegal del FORPO, les causará un perjuicio irremediable, no solamente por razón del cobro de lo no debido en ese monto, sino que les afectará su buen nombre respecto de la ejecución de los contratos estatales.

Si la aseguradora inicia ese proceso ejecutivo, podrían generarse medidas cautelares, de embargo y secuestro de bienes inmuebles, muebles, cuentas de cobro derivadas de contratos estatales, y dineros, afectando su actividad comercial y profesional, derivada de

unos actos administrativos del FORPO, expedidos con vulneración de los derechos fundamentales señalados y con las ilegalidades esbozadas a lo largo de esta demanda.” (Cd.1, fl.337). (Negrillas fuera de texto).

La Corte ha señalado que la existencia de desequilibrios económicos o pérdidas materiales, particularmente en el caso de las personas jurídicas²⁰, no son suficientes por sí mismos para que se otorgue el amparo constitucional transitoriamente²¹. Además, el hecho de que la suma de dinero pueda ser alta, no lleva al juez de tutela a deducir el perjuicio irremediable, pues no sólo éste no cuenta con parámetros de comparación, sino que se llegaría al extremo de considerar que toda medida cautelar sobre sumas que puedan ser considerables, llevarían, necesariamente al concepto de irremediable, y a que las medidas cautelares con las que se dispone en los ordenamientos administrativo, civil, laboral, y tributario, para hacer efectivos los créditos, tiendan a desaparecer²². En resumen, la Sala considera que un perjuicio de carácter económico únicamente no constituye un perjuicio irremediable²³.

3.4.2.2.2. Adicionalmente, aunque los accionantes alegaron que se desconoció su derecho al debido proceso, el meollo del problema jurídico se ubica en una esfera legal y contractual, cuya solución no compete al juez de tutela, sino al juez contencioso administrativo.

Sobre este punto el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causal de nulidad de los actos administrativos que éstos “infrinjan las normas en que deberían fundarse”, y no puede el juez de tutela efectuar un análisis con respecto a ello, pues como se indicó en la Sentencia T-666 de 2002, cuando el juez constitucional:

“(…) está frente a una tutela interpuesta como mecanismo transitorio, le estaría vedado inmiscuirse en la interpretación de textos legales pues, naturalmente, se trata de un asunto que compete resolver en el proceso ordinario. Cosa que no ocurriría en caso de tutela como mecanismo definitivo, por cuanto es de su esencia la inexistencia de otro medio judicial de defensa.” 24 (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido, pero con respecto a la interpretación de contratos, en Sentencia SU-1070 de 2003 se señaló que:

“el juez constitucional, cuando analiza la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, no puede desplazar al juez del contrato para realizar análisis de fondo sobre la materia específica, si, como en este caso, son aspectos de carácter legislativo los que están en discusión.” 25 (Negrillas fuera de texto).

3.4.3. En resumen, teniendo en cuenta que en el caso concreto, primero, existe otro medio de defensa judicial idóneo del que los accionantes ya hicieron uso, y segundo, no existe un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, dado que el perjuicio invocado por los actores es de naturaleza pecuniaria y que envuelve una problemática de interpretación legal y contractual, la Sala considera que, en el presente caso, la acción de tutela es improcedente.

3.5. CONCLUSIÓN.

En atención a, primero, la existencia de temeridad, y segundo, la presencia de un medio de defensa judicial idóneo y la ausencia de un perjuicio irremediable, la Sala revocará la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., en la que se concedió el recurso de amparo a R.M.R. Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., y en su lugar, lo denegará.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., en la que se concedió el recurso de amparo a R.M.R. Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda. Y en su lugar,

SEGUNDO: DENEGAR el recurso de amparo, por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-1046 DE 2010

Acción de tutela instaurada por RMR Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda. contra el Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO)

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado haré una relación sucinta de las particularidades del caso y de la sentencia en cuestión para, de manera subsiguiente, referir las razones que justifican la suscripción de un salvamento de voto en relación con la sentencia precitada.

i) Contenido de la sentencia.

Las sociedades demandadas y la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander de Tabio (Cundinamarca) suscribieron un contrato de consultoría. Con posterioridad esta entidad profirió la resolución N° 853 de 2008, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato por parte de las referidas sociedades. El consorcio impugnó la resolución que fue confirmada mediante resoluciones 105 y 273 de 2009.

En julio de 2009 fueron resueltas de manera desfavorable dos demandas de tutela iniciadas por el consorcio en contra del Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO) por supuesta violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, dada la declaratoria de incumplimiento contractual.

En octubre de 2009 el consorcio de la referencia instauró demanda de nulidad y reestablecimiento del derecho a fin de atacar las resoluciones N° 853, 105 y 273 de 2009. En marzo de 2010 la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, pero negó la solicitud de suspensión provisional contenida en la misma.

En el año 2010 el consorcio volvió a impetrar tutela, esta vez en conocimiento del Juzgado 67 Civil Municipal de Bogotá. Ahora se estudia una cuarta demanda de tutela, proveniente esta vez del Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá.

Con base en ese panorama fáctico, los temas abordados en la sentencia de referencia son: i) la configuración del fenómeno de temeridad y ii) la improcedencia de la tutela frente a la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa y la falta de perjuicio irremediable.

Hechas las anteriores consideraciones, se descartó la temeridad en relación con las dos primeras tutelas, las resueltas en el año 2009, dado que la que se estudia se impetró después de resuelta en segunda instancia la demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Esta circunstancia, entendida como un hecho nuevo, permitió concluir la falta de identidad de causa petendi. Por el contrario, se determinó que sí

se había configurado temeridad frente a la otra tutela impetrada en 2010.

Acto seguido, se estudió la procedibilidad de la tutela ante la existencia del procedimiento contencioso administrativo en curso.

ii) La incompatibilidad de la declaratoria de temeridad y de improcedencia de la tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política presenta a la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, caracterización que justamente restringe su procedencia de existir medios ordinarios eficientes disponibles para la defensa judicial, regla que trae como excepción su ejercicio para la conjuración de un perjuicio irremediable. A su vez, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla este mandato constitucional, señala que la tutela no es procedente en eventos en los cuales la persona interesada cuenta con otro instrumento eficaz para la salvaguarda de los derechos invocados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para prevenir la configuración de un perjuicio irremediable.

En repetidas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado al respecto y ha reafirmado la subsidiaridad de esta acción frente a un medio eficiente de defensa judicial, como primera hipótesis; o su procedencia eventual, incluso de existir un mecanismo expedito para ello, si se pretende evitar un menoscabo grave, inminente y cierto a los derechos fundamentales en juego.

Ahora, en cuanto a los elementos propios de esta figura se ha sostenido reiteradamente que son:

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 (...) 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.

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. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna.”

Si en el contexto se cuenta con medios ordinarios para la defensa judicial y no se concreta un perjuicio de esta entidad, la tutela será definitivamente improcedente.

De otro lado, la figura de la temeridad se ha estructurado sobre el reconocimiento de que el ejercicio de las actuaciones constitucionales debe seguir un mínimo de lealtad con el ordenamiento jurídico así como la observancia de elementales cargas y deberes correlativos, de conformidad con los artículos 2º, 4º, 83 y 95 de la Constitución Política.

En desarrollo de estos preceptos, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 señala perentoriamente que “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

El propósito de esta disposición es, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, “propiciar la credibilidad y seriedad de la justicia y dar aplicación a los principios de la buena fe, la eficacia y la economía procesal, principios que se verían seriamente afectados por quienes desconocen los criterios de rectitud y honradez que exige un debate jurídico serio. Su consagración legal pretende, entonces, evitar el abuso desmedido de la acción de tutela, pues su ejercicio irracional conlleva la obtención de múltiples pronunciamientos en relación con unos mismos hechos y frente a un mismo caso, generando un perjuicio para toda la sociedad, que ve disminuida la capacidad de trabajo de la administración de justicia en relación con los requerimientos de quienes les asiste también el derecho de ejercer la acción.”

Así las cosas, una acción es temeraria siempre que: (i) se hayan presentado con anterioridad varias acciones de tutela por los mismos hechos y para el logro de las mismas pretensiones; en oportunidades diferentes, ya sea ante distintos jueces o ante el mismo juez; (ii) sean presentadas por la misma persona o en nombre suyo; y (iii) no exista un motivo que razonablemente justifique la interposición reiterada de la tutela. En este evento, se insiste, deberá negarse la tutela temeraria.

En este orden de ideas, la temeridad de la acción define su negativa inmediata, lo que resulta incompatible con la declaratoria de improcedencia de la tutela pues la primera indica la denegación del amparo, mientras la segunda denota la impertinencia de la tutela, dada la existencia de un mecanismo idóneo y eficiente para la defensa judicial aplicable al caso concreto.

Por el contrario, en el particular se concluyó textualmente: “en atención a, primero, la existencia de temeridad, y segundo, la presencia de un medio de defensa judicial idóneo y la ausencia de perjuicio irremediable, la Sala revocará la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., en la que se concedió el recurso de amparo R.M.R. Construcciones S.A. y Constructora AMCO Ltda., y en su lugar, lo denegará.”

En este evento ambas figuras resultan discordantes, razón por la cual su invocación en este caso fue errada, dado que simplemente debía negarse la tutela ante la incidencia del fenómeno de temeridad. Las razones sobre la improcedencia de la tutela no sólo están de más, sino que están encontradas con la declaratoria de temeridad que desemboca en la negación del amparo. Tales circunstancias constituyen los motivos de mi discrepancia y sustentan la aclaración de voto suscrita en relación con la sentencia referida.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-1046/10

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte me permito aclarar el voto, atendiendo a las razones que expondré a continuación:

1. En el presente caso, la Sala de Revisión se ocupó de la tutela instaurada por R.M.R Construcciones S.A y Constructora AMCO contra el Fondo Rotatorio de la Policía, por la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría para el proyecto de construcción y adecuación de la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander, suscrito con el Consorcio Tabio 2006, integrado por las entidades demandantes. No obstante, se abstuvo de adelantar un estudio de fondo del asunto toda vez que encontró (i) que los accionantes iniciaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra tales actos administrativos y no se comprobó la inminencia de un perjuicio irremediable que justificara la instauración de la tutela como mecanismo transitorio; y (ii) que los accionantes instauraron previamente otras tutelas por los mismos hechos, situación que a su juicio configuró una actuación temeraria.

2. Aunque en general comparto la decisión de negar el amparo solicitado, considero que era importante aplicar plenamente la sanción contemplada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con el cual “[c]uando sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes” (cursiva fuera del texto). A mi juicio, si se encontraba plenamente probado dentro del proceso la identidad de las tutelas presentadas y la ausencia de buena fe en la actuación de los accionantes, era pertinente comunicar la decisión al juez que decidió el otro caso para que, en caso de ser posible, hiciera efectiva la sanción correspondiente.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 “Ver Sentencias: T-145 del 03 de abril de 1995. MP. Jorge Arango Mejía, T-308 del 13 de julio de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-091 del 06 de marzo de 1996. MP.

Vladimiro Naranjo Mesa, T-001 del 21 de enero de 1997. MP. José Gregorio Hernández Galindo.”

2 Cfr. Sentencia T-1215 del 11 de diciembre de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

3 Cfr. Sentencia T-1104 del 06 de noviembre de 2008. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

4 Sentencia T-387 del 05 de septiembre de 1995. MP. Hernando Herrera Vergara.

5 Sentencia T-574 del 14 de diciembre de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sentencia T-387 del 05 de septiembre de 1995. MP. Hernando Herrera Vergara. La Corte tuteló el derecho de una menor de edad a recibir tratamiento y medicamentos de manera permanente por parte del I.S.S. de Medellín, posteriormente, ella y su hija se trasladan a Barranquilla, en donde se le negó el derecho a recibir el medicamento, por lo que la accionante interpuso una nueva acción de tutela que el juez de instancia negó por temeridad; la Corte consideró que en ese evento se trataba de hechos nuevos y por lo tanto no había temeridad.

7 Sentencia T-007 del 19 de enero de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero. En esa oportunidad, la Corte declaró la temeridad en la conducta del accionante al presentar en tres oportunidades distintas la misma acción de tutela.

8 Ibídem. Sentencia T-387 del 05 de septiembre de 1995. MP. Hernando Herrera Vergara.

9 Sentencia T-1233 del 10 de diciembre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

10 Ver Sentencias: T-514 del 19 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-128 del 22 de febrero de 2007. MP. Manuel José Cépeda Espinosa, T-016 del 18 de enero de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

11 Ver Sentencias: T-106 del 12 de marzo de 1993. MP. Antonio Barrera Carbonell, T-1222 del 22 de noviembre de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis, Ibídem T-514 del 19 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett, Ibídem. T-016 del 18 de enero de 2008. MP. Mauricio González Cuervo, T-455 del 09 de julio de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva, T-451 del 15 de junio de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Cfr. Ibídem. Sentencia T-514 del 19 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

14 “Sentencia T-514 del 19 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.”

15 Cfr. Sentencia T-1048 del 24 de octubre de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

16 Ver Sentencias: T-225 del 15 de junio de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa, T-803 de 03 de octubre de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis, T-882 del 24 de octubre de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-922 del 30 de octubre 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

17 “Cfr. Sentencia T-1316 del 07 de diciembre de 2001. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.”

18 Cfr. Sentencia T-634 del 03 de agosto de 2006. MP. Clara Inés Hernández Vargas.

19 Cfr. Sentencia C-127 del 01 de abril de 1998. MP. Jorge Arango Mejía.

20 Ver Sentencias: T-1225 del 07 de diciembre de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-071 del 31 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Ver entre otras las Sentencias: T-449 del 27 de agosto de 1998. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-569 del 08 de octubre de 1998. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-1212 del 03 de diciembre de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil, y T-978 del 24 de noviembre de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.

22 Ibídem. Sentencia T-449 del 27 de agosto de 1998. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

23 Ibídem. Sentencia T-449 del 27 de agosto de 1998. MP. Alfredo Beltrán Sierra. En dicha sentencia, se estudio un caso relacionado con la expedición de un acto administrativo que no fue notificado en forma personal al accionante, lo que dio lugar a que se profiriera un auto de mandato ejecutivo de pago, y a que posteriormente se decretara el embargo de las cuentas bancarias de la empresa y sus derechos de crédito. Consideraban los actores que el daño causado a la empresa era lo suficientemente grande, pues, no sólo se afectaba su reputación y buen nombre en el país y en el exterior, sino que el monto de las medidas cautelares ponían en peligro la existencia misma de la empresa y superaban, en forma desproporcionada su capital autorizado, que era de \$200´000.000.00. La tutela resultó improcedente al contar el demandante con otros mecanismos de defensa judicial.

24 Sentencia T-666 del 15 de agosto de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

25 Ibídem. Sentencia SU-1070 del 13 de noviembre de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.