

Sentencia T-145/12

(Bogotá D.C. 1 de marzo)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL-Improcedencia por existir medio judicial de defensa idóneo y no acreditar perjuicio irremediable en adjudicación de licitación para compra de medicamentos

Referencia: expediente T 3.058.069

Tutela objeto revisión: Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, del 2 de febrero de 2011 y Sentencia del Consejo de Estado, del 10 de marzo de 2011, mediante las cuales se declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada.

Accionante: Unión Temporal MEDMFEN 16, Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda.

Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de Sanidad Militar y Hospital Militar Central.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

1. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela

Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda., miembro de la Unión Temporal MEDFEM 16 y Director principal de la Unión Temporal MEDFEM 16, basa

su pretensión de amparo constitucional¹ en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: debido proceso y derecho de defensa.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la emisión de la Resolución 1880 de diciembre de 2010, mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 01/10 de la Dirección General de Sanidad Militar - Hospital Militar Central (DGSM-HOMIC), sustentada en actos precontractuales proferidos con violación del debido proceso de las actuaciones administrativas.

1.1.3. Pretensión: se declare que las accionadas vulneraron los derechos al debido proceso y a la defensa -y los principios rectores de la contratación estatal- de la parte tutelante; y se ordene, como medida transitoria, suspender y dejar sin efecto la Resolución 1880 de diciembre 27 de 2010, en tanto se tramita la respectiva acción ante la jurisdicción contencioso administrativa y se decide judicialmente la suspensión provisional de acto acusado.

1.2. Fundamento de la pretensión

1.2.1. La Dirección General de Sanidad Militar y el Hospital Militar Central abrieron la licitación pública No. 001 DGSM-HOMIC², para la Compra, distribución, suministro, dispensación y control de medicamentos a través de un operador logístico para los usuarios del subsistema de salud de las fuerzas militares, vigencias 2011 - 2012, bajo la modalidad de monto agotable³.

1.2.2. En la aludida licitación, se vulneró el debido proceso de las accionadas, al dar una interpretación a la expresión “participación económica”, de la experiencia de las uniones temporales o promesas de sociedad futura, contenida en los pliegos de condiciones, contraria a la que ha debido realizarse, lo que generó el rechazo de la oferta presentada por las mismas.

1.2.3. Se les vulneró el derecho a la defensa, al no permitirles controvertir la calificación asignada en la visita de evaluación del cumplimiento de los requisitos por parte del software.

2. Respuesta de la entidad accionada

2.1. Respuesta de las Fuerzas Militares de Colombia – Comando General- Dirección General de Sanidad Militar

2.1.1. No se violaron los derechos de las accionantes al debido proceso y a la defensa, puesto que la evaluación de ofertas se realizó según lo establecido en los pliegos de condiciones y las respectivas adendas.

2.1.2. Los resultados de la evaluación del software se publicaron como lo ordenaban los pliegos, es decir, al final del plazo de evaluación junto con la evaluación final, y posterior a su publicación los oferentes tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa y así lo hicieron, tal como consta en el cuadernillo de preguntas y respuestas a las observaciones a la evaluación.

2.2. Respuesta de Ministerio de Defensa Nacional – Hospital Militar Central

Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela impetrada al considerar, que por ser la tutela un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, el accionante debió ejercitar primero la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3. Decisión de tutela objeto de revisión

Rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada, por lo siguiente: (i) la parte interesada cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos -artículo 87 del Código Contencioso Administrativo-; (ii) no acreditó un perjuicio irremediable que permitiera darle a la presente acción el trámite de mecanismo transitorio.

3.2. Impugnación⁵

Por escrito de febrero 8 de 2011, el apoderado del accionante presentó impugnación contra la sentencia de tutela de primera instancia, al considerar que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio, cuando aun existiendo un medio de defensa judicial, se evidencia que el derecho presuntamente vulnerado se encuentra sometido a un

perjuicio irremediable, siempre que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto.

3.3. Sentencia del Consejo de Estado, del 10 de marzo de 2011⁶

3.2.1. Confirmó la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que rechazó por improcedente la presente acción de tutela, al considerar que la reiterada jurisprudencia señala que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, a menos que la misma se ejerza de manera transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.2.2. En el asunto bajo estudio, el demandante pretende que se suspendan los efectos de un acto de adjudicación de un contrato, por considerar que se desconoció el debido proceso dentro del trámite licitatorio. El Consejo de Estado, estimó que existían los medios judiciales adecuados para la defensa de los derechos que la demandante considera conculcados, mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiéndose solicitar incluso la suspensión provisional del acto acusado (art. 87 C.C.A.), motivo por el cual la acción de tutela es improcedente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial antes mencionada con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241.9 y lo desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, artículos 31 a 367.

2. Procedencia de la demanda de tutela⁸

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se invoca la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, específicamente, de la defensa, considerados como fundamentales (CP, art 29).

2.2. Legitimación activa. Ejerce la acción de tutela quien se considera afectada por la vulneración de su derecho al debido proceso⁹, la cual fue presentada a través de su Gerente y Representante legal.

2.3. Legitimación pasiva. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de Sanidad Militar y Hospital Militar Central, son autoridades públicas y como tal, demandables en proceso de tutela (CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.).

2.4. Inmediatez¹⁰. El acto de adjudicación tiene fecha 27 de diciembre de 2010 y la acción de tutela tiene fecha 20 de enero de 2011¹¹, plazo que se considera completamente razonable para el ejercicio de la acción.

2.5. Subsidiariedad. Las accionantes no agotaron las instancias de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Por el contrario, se solicita la acción de tutela, como mecanismo transitorio, tendiente a la suspensión provisional del acto de adjudicación, mientras se adelanta la respectiva acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se resuelve judicialmente la suspensión provisional del acto. Sobre este aspecto se pronunciará la Corte.

3. Improcedencia de la demanda de tutela por desconocimiento de la regla de subsidiaridad

3.1. La subsidiaridad y el perjuicio irremediable en el ejercicio de la acción de tutela

3.1.1. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, como un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción, omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la ley. Tiene un carácter subsidiario y residual¹², procede solo, si: (i) no dispone el afectado de otro medio de defensa judicial para salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados; (ii) existiendo otras acciones o medios de defensa judicial, no resultan idóneos para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados; (iii) aun existiendo medios judiciales de protección idóneos, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar un perjuicio irremediable¹³.

3.1.2. En materia de actos administrativos precontractuales, la Corte ha manifestado que la acción de tutela es procedente cuando se cumplen dos condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6,

numeral 5, del Decreto 2591 de 1991; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional¹⁴.

3.1.3. Con el fin de establecer la irremediabilidad del perjuicio, la Corte ha considerado necesario determinar la presencia concurrente de varios elementos como son: (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales¹⁵.

3.1.4. Además, de estos elementos configurativos del perjuicio irremediable, la Corte ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable¹⁶. Es por esto que la Corporación ha sostenido enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”¹⁷.

3.1.5. Igualmente esta Corporación ha precisado que los daños económicos por si solos no generan perjuicios irremediables desde el punto de vista constitucional. Solo de manera excepcional, ha reconocido que de ciertas controversias de carácter económico, pueden resultar vulnerados derechos fundamentales y, consecuentemente, generar perjuicios irremediables que harían procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Específicamente cuando, además del daño económico, se genera otro tipo de impacto que hace impostergable el recurso de amparo.¹⁸

3.2. Existencia de un mecanismo judicial de defensa idóneo, en el caso concreto

3.2.1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que frente a los actos administrativos precontractuales, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones que permiten controvertir su validez, con la idoneidad y aptitud suficiente para conferir un amparo integral, ellas son: (i) la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento; (ii) la acción contractual; y (iii) la acción popular¹⁹.

3.2.2. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico permite que al adelantarse la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicite la suspensión provisional de los actos administrativos que se consideran vulnerantes de normas superiores, solicitud que -de acuerdo con el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda. Esta Corporación en sentencia C-127 de 1998 sobre la suspensión provisional de los actos administrativos, expresó:

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

3.2.3. En este sentido, la Corte ha precisado que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio -como el acto que adjudica una licitación-, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales resultan idóneas y suficientes para otorgar una protección integral y eficaz a los derechos comprometidos. A menos, como se indicó, que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el cual además de ser personal, exige su demostración de manera concreta, específica y con repercusiones sobre los derechos fundamentales. Así, resultaría procedente el amparo tutelar de manera transitoria, aun existiendo la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos en el trámite de las citadas acciones²⁰.

3.2.4. En conclusión, encuentra la Sala que, para el caso concreto, existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz: la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto cuestionado, en sede administrativa, como garantía especial frente a las decisiones manifiestamente violatorias de las normas superiores, cuya decisión debe darse en el auto

admisorio de la demanda.

3.3. Ausencia de Perjuicio irremediable

3.3.1. Esta Corporación ha aceptado que aun existiendo otro medio de defensa judicial, es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, cuando el actor logra acreditar que el derecho presuntamente afectado se ve expuesto a un perjuicio irremediable. En tal caso, la acción debe dirigirse a evitar la consumación del perjuicio y los efectos del fallo serán transitorios, mientras se resuelven los recursos ordinarios que deben ser interpuestos²¹.

3.3.2. La Sala observa que los demandantes alegan un perjuicio que, según su parecer, se hace presente con una serie de consecuencias económicas y empresariales resultantes de la decisión atacada, al no resultar favorecidos con la adjudicación del proceso licitatorio por la presunta violación del debido proceso²². En criterio de la Corte, se trata de un problema de carácter económico y no ius fundamental, cuya solución no corresponde al juez de tutela sino al juez contencioso administrativo.

3.3.3. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, si bien la prueba sobre la existencia del perjuicio irremediable no está sometida a rigurosos formalismos o términos sacramentales, se exige en todo caso un mínimo de diligencia del afectado, en el sentido de indicar por lo menos las circunstancias que permitan al juzgador comprobar su configuración. En el presente caso tan solo fueron mencionados los efectos implicados en la no selección como contratista, riesgos que en criterio de la Sala, debe abordar todo proponente cuando no es favorecido con la adjudicación dentro de un proceso licitatorio y que no reviste la connotación de un perjuicio irremediable.

3.4. Conclusión

Teniendo en cuenta que, para el caso concreto, existe otro medio de defensa judicial idóneo del que los accionantes no hicieron uso, y no se acreditó un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, la Corte Constitucional considera que la tutela es improcedente. Entonces, confirmará las sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y por el Consejo de Estado, que declararon la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la Unión Temporal MEDMFEN 16, Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda.

4. Razón de la decisión

La acción de tutela es improcedente para amparar actos administrativos precontractuales de adjudicación de licitaciones públicas, por la existencia de medios provisorios y definitivos de defensa judicial idóneos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la protección del derecho al debido proceso administrativo, salvo que se acredite la actualidad o inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procedería como mecanismo transitorio de tutela judicial.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término, decretada dentro del trámite de revisión de la acción de tutela por impedimento aceptado del magistrado inicialmente sustanciador del caso.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida el del 10 de marzo de 2011, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección B la cual rechazó por improcedente la tutela instaurada por la Unión Temporal MEDMFEN 16, Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el día 20 de enero de 2011, folios 1 a 36 del cuaderno 1.

2 Resolución 1614 de octubre 13 de 2010,

3 Fechas de apertura y cierre de la licitación eran 19 de octubre y 10 de noviembre de 2010, respectivamente.

4 Ver folios 630 a 633 del cuaderno No. 1.

5 Ver folios 1 a 5 del cuaderno No. 2.

6 Ver folios 630 a 633 del cuaderno No. 1.

7 En Auto del treinta de junio de 2011 de la Sala de Selección de Tutela Número 6 de la Corte Constitucional de la Corte Constitucional se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto, siendo asignado a la Dra. María Victoria Calle Correa, quien mediante escrito del cinco (5) de septiembre de 2011, presentó incidente de impedimento, por considerar que se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. Impedimento que le fue aceptado mediante auto de febrero 7 de 2012, correspondiéndole el conocimiento a la Sala Segunda de Revisión de Tutelas, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

8 Constitución Política, artículo 86.

9 Escrito de demanda. (folios 1 a 556 del cuaderno 1)

10 La Corte ha señalado que la oportunidad de la interposición de la acción de tutela se encuentra estrechamente vinculada al objetivo que la Constitución le atribuye de brindar la protección inmediata de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados. (Ver entre otras las sentencias T-495/05, T-575/02, T-900/04, T-403/05 y T-425/09).

11 Escrito de tutela y sello de recibo. (folio 36 del cuaderno 1)

12 Ver, entre otras, Sentencias T-827/03, T-648/05, T-691/05, T-1089/05, y T-015/06.

13 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias T-225/93, T-1670/00, SU-544/01, T-827/03, SU-1070/03, T-698/04, C-1225/04, y T-104/09.

14 Sentencia SU-713 de 2006.

15 Sentencias T-225/1993, T-436/2007, T-016/2008, T-1238/ 2008 y T-273/2009, entre otras.

16 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995/1999, T-1155/2000 y T-290/2005.

17 Sentencias T-449/ 1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-1059/2005, T-407/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009 y T-273/ 2009 entre otras.

18 SU-544/2001 y SU-219/2003.

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

21 Sentencias SU-622/2001, T-1316 /2001, T-645 /2005, entre otras.

22 En palabras de los demandantes: “(...) una frustración por una selección en la que se violenta el debido proceso, conlleva al cercenamiento injusto a las expectativas del proponente, a la limitación a su crecimiento y a la limitación al ejercicio de su actividad durante un tiempo determinado, a la limitación de su buen nombre, a la disminución de su planta de personal, etc. todos estos efectos que luego de un proceso administrativo por desgracia de varios años , no podrán ser conjurados en debida forma, siendo por

conocimiento tardía la solución administrativa. (...) La (sic) posible resarcimiento económico futuro que conllevaría la demanda administrativa, no conjuraría los perjuicios, graves e inminentes causados por las violaciones efectuadas por la entidad a los derechos constitucionales del Debido Proceso, Buen Nombre y derecho al Trabajo.”

{p}