

Sentencia T-154/98

SISTEMA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Formalismo

El sistema de contratación administrativa es eminentemente formalista, aunque se hacen esfuerzos en las nuevas regulaciones por reducir los aspectos sustanciales y de procedimiento al límite de lo estrictamente necesario, pero sin perjuicio de preservar la equidad en la participación de los proponentes, la objetividad en la selección de las propuestas, la pulcritud en el gasto y, por supuesto, la satisfacción de los específicos intereses públicos a que apunta la contratación.

PROCESO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Procedimiento de selección del contratista

La selección del contratista constituye la fase inicial y esencial del proceso de contratación estatal; por ello, la regulación del procedimiento de selección supone el establecimiento de mecanismos enderezados a garantizar la libertad e igualdad de concurrencia de los interesados en la contratación e igualmente, la protección de los intereses públicos con la escogencia de la propuesta que más ventajas ofrezca a la entidad contratante. Lo anterior, exige la aplicación estricta de los procedimientos establecidos por la ley para regular la operación licitatoria, y dentro de ésta, la formulación objetiva, clara y técnica, de los pliegos de condiciones.

LICITACION-Importancia del pliego de condiciones

La licitación es un proceso integrado por varias fases que se cumplen en oportunidades distintas pero sucesivas, convenientemente reguladas por la ley y el pliego de condiciones, mediante normas que obligan y por lo tanto regulan la conducta de la entidad contratante como de los sujetos que en calidad de oferentes intervienen en aquél. Debe tenerse en cuenta que los pliegos de condiciones constituyen una pieza especialmente importante en el proceso de contratación porque en ella se seleccionan y consignan las exigencias y condiciones técnicas, económicas y jurídicas que se exigen a los licitantes y que reflejan la voluntad del organismo estatal, teniendo en cuenta el objeto y naturaleza del contrato respectivo. Por razón de su sustancia eminentemente contractual se entiende que los pliegos

de condiciones constituyen la “ley del contrato”, y por esa circunstancia es jurídicamente factible introducirles modificaciones a solicitud de los licitantes, con el fin de superar ambigüedades o disposiciones contradictorias que puedan afectar la eficiencia y objetividad de la adjudicación, sin perjuicio que dentro del plazo de la licitación o concurso cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales, de las cuales, eventualmente, pueden surgir modificaciones.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Procedencia excepcional de tutela

En cuanto a la procedencia de la tutela en las operaciones contractuales de la administración esta Corte ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que la acción de tutela no es el instrumento procesal adecuado para dirimir los conflictos originados en dichas operaciones, salvo que los medios ordinarios de defensa judicial no resulten idóneos o adecuados para la efectiva protección de los derechos fundamentales desconocidos o amenazados, o cuando siendo idóneos sea viable acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

PROCESO DE LICITACION-Aclaración y modificación

PROCESO DE LICITACION-Legitimación para cuestionarlo por tutela

El interés para cuestionar el pliego de condiciones estaba radicado en cabeza de quienes hubieran formulado oportunamente la respectiva propuesta, en virtud de que a ninguna otra persona, particularmente considerada, la debía afectar el contenido de sus términos o ser sujeto de actos de discriminación en el acceso a la concesión.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cuestionamiento de proceso licitatorio en pliego de condiciones

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por falta de interés legítimo del actor

Referencia: Expediente T-150254

Peticionario: Sociedad T.V.13 Ltda. (Q.A.P.)

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C. abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, CARLOS GAVIRIA DIAZ y SUSANA MONTES DE ECHEVERRY, en su calidad de Conjuez, procede a revisar el proceso de tutela promovido por la Sociedad T.V.13 Ltda. (Q.A.P.) contra la Comisión Nacional de Televisión, conforme a la competencia que le ha sido asignada en virtud de los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Los hechos.

1.1. La Sociedad T.V.13 Ltda. (Q.A.P.), a través de su representante legal, instauró acción de tutela contra la Comisión Nacional de Televisión por las omisiones en que, a su juicio, incurrió este organismo al no haber señalado en forma objetiva y sin ambigüedad las condiciones y criterios con arreglo a los cuales se pretendía adjudicar los espacios de televisión para los próximos seis años, creándose así las condiciones para actuar de modo arbitrario, con menoscabo de los derechos constitucionales fundamentales de los comunicadores que tenían posibilidad de acceder como concesionarios al espectro electromagnético.

1.2. En concepto de la actora, las referidas omisiones se originaron en el contenido y alcance del pliego de condiciones preparado por la Comisión Nacional de Televisión para la licitación pública 001 de 1997, con arreglo al Acuerdo 020 del 5 de junio de 1997 que reglamentó las condiciones y procedimientos de licitación pública para el otorgamiento de concesiones de espacios de televisión en las cadenas nacionales de operación pública, regulación esta que fue complementada por las resoluciones 168 y 174 del 5 y 12 de junio de 1997, respectivamente, emanadas de la misma Comisión.

1.3. Los reparos al pliego de condiciones se formulan bajo la consideración de que éste no

contiene una regulación orientada a precisar en forma clara cuáles habrían de ser los criterios de selección de los aspirantes a obtener espacios de televisión en los canales de operación pública (Cadena Uno y Canal A). De este modo, la Comisión Nacional de Televisión quedó revestida así de un poder omnimodo para asignar los respectivos espacios con base en criterios puramente subjetivos o de conveniencia de muy diverso orden, que contrarían la equidad y transparencia que deben ser fundamento de la contratación administrativa.

1.4. La desigualdad, a juicio de la demandante, se hace manifiesta al asignar un valor del 75% al factor de “calidad y contenido” y sólo un 25% a aspectos técnicos de selección como pueden ser, la experiencia, la capacidad profesional y el respaldo económico de los licitantes.

Así las cosas, para la actora resultaba imposible, en la práctica, alcanzar la igualdad de trato para todos los aspirantes ya que la desproporción en los porcentajes de calificación sólo iba a favorecer a quienes gozaban de la simpatía de los miembros de la Comisión, lo cual implicaba que dicho organismo terminaría haciendo las adjudicaciones a “dedo”.

1.5. Con miras a destacar el trato discriminatorio establecido en el citado pliego de condiciones, en contra de los presuntos derechos fundamentales de quienes aspiraban a obtener tales espacios informativos, trae a colación la parte referente a “Advertencias al Proponente”, específicamente el numeral noveno, donde establece que “quien proponga noticieros obligatoriamente ofrecerá programación general”, condicionando en esta forma la propuesta para la presentación de noticieros a la oferta de programación de distinta naturaleza para las tres franjas, lo cual atentaba contra la garantía constitucional de acceso al espectro electromagnético en condiciones de igualdad.

1.6. Afirma la sociedad demandante que se retiró del proceso licitatorio, entre otras razones, por las siguientes:

- a) La constatación de los términos vagos en que se redactaron los pliegos de condiciones.
- b) La adjudicación por favoritismo de emisoras de radio que han puesto en evidencia el tráfico de influencias y el juego de intereses en las adjudicaciones de los espacios comunicativos.

c) Las relaciones problemáticas del noticiero con la Comisión Nacional de Televisión, ente adjudicador.

2. Las pretensiones

Impetra la sociedad demandante la tutela de sus derechos a la libertad de expresión, a informar y ser informados, al pluralismo y a la participación, a la igualdad, al debido proceso, y a la observancia de los principios que rigen la función administrativa y, en tal virtud, solicita:

- Que se suspenda de manera indefinida el proceso licitatorio hasta cuando la CNT cumpla con las medidas reparatorias y preventoras que ordene el juez de tutela.
- Que la CNT expida las regulaciones técnicas y objetivas, en las que se fijen criterios claros, precisos y comprobables que han de guiar la adjudicación.
- Que se modifique en igual sentido el pliego de condiciones.
- Que se permita a TV 13 Ltda. (Q.A.P.), efectuar nuevamente una propuesta para acceder a la concesión de los espacios de televisión.
- Que se reabra el proceso para las propuestas provenientes de sectores injustamente marginados por los pliegos.

Como medida cautelar la demandante solicitó la suspensión provisional del proceso licitatorio, en los siguientes términos:

“En atención a la inminencia del daño irremediable que puede derivarse de permitirse concluir el proceso licitatorio, durante el tiempo que lleve el estudio de la presente tutela, se solicita como medida cautelar, en los términos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, la orden de suspensión del proceso licitatorio, y en particular, la prohibición de adjudicar los espacios de televisión, durante el término que determine el juez y, por lo menos hasta su fallo de fondo”.

I. ACTUACIÓN PROCESAL.

El Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., negó la solicitud de suspensión de la licitación, al considerar que “el ámbito preferente y sumario de la tutela no brinda el escenario propicio para determinar la suspensión de un acto de dichas características, como sí ocurre en el trámite del proceso de lo contencioso, donde existe la posibilidad de obtener dicho objetivo”.

Mediante sentencia del 29 de octubre de 1997, se negó la tutela impetrada, con fundamento en los siguientes argumentos:

– “...siendo la licitación un acto administrativo en el que se fijan las condiciones para la posterior adjudicación de los espacios en televisión, como todo acto administrativo es susceptible de control ante la vía contenciosa administrativa, lo que, a voces del numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, torna improcedente el pedimento implorado”.

– “...es evidente que si la licitación aludida encierra en sí misma un acto de carácter general, impersonal y abstracto, el amparo deviene con más razón improcedente, pues precisamente sobre éste punto es enfático el legislador al así determinarlo en el artículo 2 del Decreto 306 de 1992”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Planteamiento del problema.

1.1. Busca la sociedad demandante, a través de la tutela que ha impetrado, por presunta violación de los derechos que invoca, que se suspenda el proceso licitatorio antes mencionado, que se le impartan a la Comisión Nacional de Televisión una serie de órdenes tendientes a asegurar que éste se adelante en condiciones de objetividad, igualdad y transparencia, según sus apreciaciones, y a que se efectúe una nueva licitación y se la habilite para intervenir en ésta, formulando una nueva propuesta.

1.2. Es de observar, que la sociedad demandante renunció al derecho a participar en la licitación, por las razones expuestas en el texto de su comunicación de fecha 19 de agosto de 1997 dirigida a la Comisión Nacional de Televisión que, en lo pertinente, expresa:

“Señores Comisionados:

Después de conocerse la controvertida conversación entre el Ministro de Comunicaciones, Saulo Arboleda y el Ministro de Minas y Energía, Rodrigo Villamizar, sobre la adjudicación de las emisoras de Frecuencia Modulada, queremos notificarles que “TV 13 Ltda. (Noticiero Q.A.P) renuncia de manera categórica a participar en la adjudicación de la programación de Televisión, en los canales de operación pública”.

“Es evidente que la manera como en este Gobierno se adjudicaron las concesiones de radio será igual – en criterio, procedimiento y ética – a la que se aplicará en el caso de la televisión”.

“Le solicitamos, pues, retirar la propuesta que TV 13 Ltda. envió a esa Comisión”.

No obstante, en el escrito de tutela se alega como motivo de la aludida renuncia la ambigüedad y falta de objetividad en los pliegos, y por consiguiente, la creación de un ambiente propicio para el manejo arbitrario del proceso licitatorio.

1.3. Con fundamento en lo expuesto le corresponde a la Sala analizar los siguientes aspectos: Si habiéndose retirado el demandante del proceso de la licitación, tiene interés legítimo para cuestionar por la vía de la tutela el proceso de la licitación; si la acción de tutela es el instrumento procesal idóneo para actuar las pretensiones formuladas por la sociedad demandante, o debió ésta acudir a los medios ordinarios de defensa judicial, como son las acciones contencioso administrativas. Por último, si en el presente caso se presenta la situación del hecho superado, en consideración a que el proceso licitatorio mencionado ya se encuentra concluido.

2.1. El sistema de contratación administrativa es eminentemente formalista, aunque se hacen esfuerzos en las nuevas regulaciones por reducir los aspectos sustanciales y de procedimiento al límite de lo estrictamente necesario, pero sin perjuicio de preservar la equidad en la participación de los proponentes, la objetividad en la selección de las propuestas, la pulcritud en el gasto y, por supuesto, la satisfacción de los específicos intereses públicos a que apunta la contratación.

La selección del contratista constituye la fase inicial y esencial del proceso de contratación estatal; por ello, la regulación del procedimiento de selección supone el establecimiento de mecanismos enderezados a garantizar la libertad e igualdad de concurrencia de los

interesados en la contratación e igualmente, la protección de los intereses públicos con la escogencia de la propuesta que más ventajas ofrezca a la entidad contratante.

Lo anterior, exige la aplicación estricta de los procedimientos establecidos por la ley para regular la operación licitatoria, y dentro de ésta, la formulación objetiva, clara y técnica, de los pliegos de condiciones.

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

El proceso licitatorio se inicia con una etapa previa que corresponde a la convocatoria pública, continúa con la presentación de las ofertas que es la fase central donde se fija la posición de los licitantes, sigue con la selección y adjudicación en donde definitivamente se compromete la voluntad estatal y concluye con la suscripción y perfeccionamiento del contrato.

Debe tenerse en cuenta que los pliegos de condiciones constituyen una pieza especialmente importante en el proceso de contratación porque en ella se seleccionan y consignan las exigencias y condiciones técnicas, económicas y jurídicas que se exigen a los licitantes y que reflejan la voluntad del organismo estatal, teniendo en cuenta el objeto y naturaleza del contrato respectivo.

Por razón de su sustancia eminentemente contractual se entiende que los pliegos de condiciones constituyen la “ley del contrato”, y por esa circunstancia es jurídicamente factible introducirles modificaciones a solicitud de los licitantes, dentro de los 3 días siguientes al inicio del plazo para la formulación de las propuestas, con el fin de superar ambigüedades o disposiciones contradictorias que puedan afectar la eficiencia y objetividad de la adjudicación, sin perjuicio que dentro del plazo de la licitación o concurso cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales, de las cuales, eventualmente, pueden surgir modificaciones (L. 80/93, art. 30-4, pliego de condiciones 1.8.4). Después de precluida dicha oportunidad, no es posible alterar o modificar el contenido de los referidos pliegos.

En el numeral 5 del art. 24 de la ley 80/93 se señalan los requisitos de orden sustancial que deben cumplir los pliegos de condiciones y a las cuales deben someterse los proponentes; la inobservancia de tales exigencias genera la ineficacia del pleno derecho de las estipulaciones contenidas en dichos pliegos.

2.2. En cuanto a la procedencia de la tutela en las operaciones contractuales de la administración esta Corte ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que la acción de tutela no es el instrumento procesal adecuado para dirimir los conflictos originados en dichas operaciones, salvo que los medios ordinarios de defensa judicial no resulten idóneos o adecuados para la efectiva protección de los derechos fundamentales desconocidos o amenazados, o cuando siendo idóneos sea viable acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así en la sentencia T- 147/961, dijo la Corte:

“El artículo 86 de la Constitución Política dispone la procedencia de la acción de tutela contra los actos y omisiones de las autoridades públicas, cualesquiera sea la naturaleza de aquéllos, siempre que se trate de proteger un derecho fundamental y carezca el afectado de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En materia de contratación administrativa, la regla general de procedencia no varía. Si un acto administrativo, dictado con motivo u ocasión de la actividad contractual vulnera o amenaza un derecho fundamental, la acción de tutela procederá siempre que no exista otro medio de defensa idóneo y eficaz para evitar la consumación del perjuicio”.

Lo expresado en la aludida sentencia fue luego reiterado en la sentencia T-231/962.

2.3. La situación concreta a que dio origen el proceso de tutela se resume así:

Con ocasión de la licitación 01 de 1997, abierta por la Comisión de Televisión mediante resolución 168 del 5 de junio de 1997, la sociedad demandante adquirió pliegos y formuló su propuesta para el otorgamiento de concesiones de los espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública.

El 19 de agosto siguiente, TV. 13 LTDA. decidió voluntariamente marginarse de la licitación y retiró su propuesta, exponiendo, a manera de justificación, el temor que le asistía de que la

adjudicación de los espacios de televisión se hiciera en la forma censurable como, a su juicio, se adjudicaron los de radio de frecuencia modulada.

No obstante, luego de un mes de su retiro pretendió conseguir la suspensión del proceso licitatorio y su readmisión al mismo, acudiendo para tal fin a la acción de tutela.

La presunta violación de los derechos fundamentales cuya tutela se invoca radica básicamente en irregularidades que se imputan a la Comisión Nacional de Televisión, en relación con la forma como se elaboraron los pliegos de condiciones.

2.4. No es fácil para la Sala establecer el motivo determinante que movió a la programadora demandante para promover la tutela, si fue el temor inicial que le asistía en el manejo incorrecto del proceso de licitación y que la llevó a retirar su propuesta, o la falta de claridad y objetividad de los pliegos de condiciones, como lo ha señalado en la demanda de tutela, circunstancia esta que en su sentir favorecía una valoración subjetiva de las propuestas y, como resultado de ello, el manejo arbitrario de las adjudicaciones por la Comisión.

Tampoco resulta claro, por qué razones la demandante no hizo uso del derecho que le asistía, conforme a las normas de la ley 80/93 y el pliego de condiciones, para solicitar las aclaraciones y modificaciones que a su juicio resultarían pertinentes para poder participar en la licitación, en lugar de renunciar a seguir interviniendo en el proceso licitatorio. Del resultado del ejercicio de dicho derecho, en cuanto las decisiones de la administración conllevaran la violación de derechos fundamentales, hubiera sido posible estructurar la pretensión de tutela, naturalmente, bajo el supuesto de la ineficacia de los medios alternativos de defensa judicial.

2.5. El demandante en tutela debe tener un interés legítimo que justifique la acción y carecer de un medio alternativo de defensa para proteger el derecho violado o amenazado con la conducta ilegítima del organismo público o del particular.

Dentro del procedimiento de licitación mencionado, el interés para cuestionar el pliego de condiciones estaba radicado en cabeza de quienes hubieran formulado oportunamente la respectiva propuesta, en virtud de que a ninguna otra persona, particularmente considerada, la debía afectar el contenido de sus términos o ser sujeto de actos de discriminación en el acceso a la concesión.

Dentro de este orden de ideas resulta claro que, al haberse marginado voluntariamente la sociedad demandante del procedimiento licitatorio, perdió con ello la legitimación para cuestionarlo por la vía de la tutela, mas aún cuando se trata ahora de un hecho consumado, por cuanto la licitación mencionada fue adjudicada.

Por lo demás, es de anotar que no es la tutela el instrumento procesal idóneo para reclamar la protección de los derechos que se dicen conculcados a la sociedad actora, pues para ello existen las acciones que consagra la ley 80/93, específicamente en el artículo 77, en concordancia con las normas del C.C.A. que rigen las acciones contencioso administrativas.

En punto a la procedencia de las acciones contencioso administrativas, en relación directa o indirecta con los contratos estatales, son ilustrativos el auto del 6 de agosto de 19973 y la sentencia del 18 de septiembre de 19974, proferidos por la Sección III del Consejo de Estado. Conforme a estas providencias las referidas acciones son: la de nulidad, que es viable frente a los actos previos a la celebración del contrato (art. 84 C.C.A.); la contractual (art.77 ley 80/93 y 87 del C.C.A.), en relación con “los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato -previos, concomitantes o posteriores a su celebración o ejecución”; las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, a que alude la ley 80/93 en las siguientes normas: en el art. 22 numeral 5, contra el acto administrativo proferido por las cámaras de comercio que decide la impugnación de la calificación y clasificación de los proponentes; en el art. 77 par. 1°, contra el acto de adjudicación y, en el art. 77, en armonía con el art. 50 inciso 1° y final del C.C.A., con respecto al acto que declara desierta la licitación o concurso.

Igualmente, según los términos de la sentencia citada, procede la acción de nulidad del contrato en los términos de los art.45 y 47 de la ley 80/93, en concordancia con el art. 87 del C.C.A., y se reconoce el derecho de participación ciudadana en la vigilancia y control de la actividad contractual de la administración, en el sentido de legitimar a las asociaciones cívicas, comunitarias o de profesionales, benéficas o de utilidad común para “denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal”.

3. En conclusión, es improcedente la tutela, por la falta de interés legítimo de la parte actora para promoverla, porque se trata de un hecho superado y porque, además, existen medios

alternativos de defensa judicial idóneos y eficaces para la protección de los derechos que se estiman vulnerados.

IV. DECISION.

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: CONFIRMAR, la sentencia de fecha 29 de octubre de 1997 proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante la cual se negó la tutela impetrada.

Segundo: Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

SUSANA MONTES DE ECHEVERRY

Conjuez

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

3 C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 13495

4 C.P. Ricardo Hoyos Duque