

Sentencia T-241/13

La Corte ha manifestado de forma reiterada que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios”. Por estas razones, un requisito de procedencia formal de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, la Corte ha establecido dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTUACION CONTRACTUAL DEL ESTADO, ESPECIALMENTE DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD

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

DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE CONTRATO-Existencia de otro medio de defensa judicial que hace improcedente la acción de tutela

Existen en la ley mecanismos de control a través de los cuales la acción del Estado como contratante es susceptible de ser sometida a control jurisdiccional y, que estos medios de control abarcan un espectro bastante amplio de asuntos relativos a la celebración, la ejecución y la terminación de un contrato estatal. Por esta razón, y en virtud del principio de subsidiariedad, ha reiterado que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para cuestionar asuntos relacionados con los contratos estatales. En varias oportunidades la Corte ha estudiado acciones de tutela en donde se solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre, supuestamente vulnerados en virtud de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal. En su examen, la Corte ha partido del hecho de que la declaratoria de caducidad de un contrato estatal es un ejercicio legítimo de las facultades excepcionales del Estado como parte contratante y, en esa medida, su aplicación no comporta por sí sola un desconocimiento de los derechos fundamentales de la entidad contratista. La caducidad “es una medida constitucionalmente legítima, que resulta válida para afrontar eventuales situaciones de incumplimiento contractual, o para prevenir otros comportamientos que pueden tener efecto directo sobre el interés público”.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia en caso de declaratoria de caducidad de contrato de concesión por no acreditar perjuicio irremediable y vulneración del buen nombre

Se ha dicho que aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la tutela puede proceder si es instaurada como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable que sea inminente, grave, y que requiera de medidas urgentes e impostergables. En el caso concreto, el apoderado de la accionante manifestó que requieren el amparo constitucional al menos con carácter transitorio, con el propósito de evitar el menoscabo que sufriría el buen nombre de la sociedad anónima simplificada y la posibilidad de ejercer su objeto social. A su juicio, la entidad fue creada con el objeto específico de ejecutar el contrato de concesión, y con la declaratoria de caducidad vería cuestionada su capacidad para contratar con el Estado. Esto por cuanto dicha decisión deriva en la inhabilidad de contratar con el sector público por el término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declara la caducidad, y en la declaratoria del siniestro de incumplimiento del contrato.

Referencia: expediente T-3.670.583

Acción de tutela instaurada por Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar SAS - SIT VALLEDUPAR S.A.S contra la Alcaldía Municipal de Valledupar.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Valledupar y por el Juzgado Primero Penal Municipal de Valledupar en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda de tutela

1. La sociedad Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar SAS - SIT VALLEDUPAR S.A.S, presentó acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Valledupar a través de apoderado, por considerar que esta autoridad vulneró sus derechos al debido proceso, al buen nombre, y a la confianza legítima, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1 Mediante Resolución 148 del 3 de febrero de 2005 la Alcaldía Municipal de Valledupar dio fin al proceso de licitación pública 005 de 2004, y adjudicó a la Unión Temporal Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar, compuesta por CERICAR S.A, CECON, S.A y SERINCO DE CORDOVA S.A, el contrato de concesión 015 de 2005 para la "repotenciación, operación, mantenimiento y expansión del sistema de semaforización de la ciudad y la implantación de un sistema de control de tráfico y la modernización tecnológica y funcional

de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Valledupar".

1.2 En agosto de 2010, estando en ejecución el contrato de concesión 015 de 2005, la Unión Temporal Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar (En adelante, UT o UT SIT Valledupar) solicitó autorización a la Alcaldía de Valledupar para transformar la unión temporal en una sociedad anónima simplificada. De acuerdo con la entidad accionada, esta solicitud tiene sustento en el numeral 2.1.2.2 del pliego de condiciones de la licitación pública que se entiende integrado al contrato de concesión, y que en relación con los consorcios y uniones temporales participantes estableció:

"(...) La alcaldía podrá autorizar que los miembros de la unión temporal o consorcio se constituyan en alguna forma de sociedad mercantil para la explotación del objeto a contratar con duración mínima igual al plazo contractual y un (1) año más"[1]

1.3 Mediante oficio SMTTV//2010-004788 del 15 de septiembre de 2010, el Secretario de Tránsito y Transporte manifestó al entonces alcalde Luis Fabián Fernández que, según el concepto de la Interventoría Control Tránsito, era viable autorizar esta transformación de unión temporal a sociedad anónima simplificada. Para ello, solo era necesario que esta última estuviera inscrita en el registro mercantil y que se presentara el balance de corte al 31 de diciembre de 2009 y al 30 de agosto de 2010[2].

1.4 Posteriormente, mediante oficio del 25 de julio de 2011, la Secretaría de Tránsito del municipio respondió otra solicitud elevada por la UT accionante y aclaró el oficio mencionado en el numeral anterior, indicando que "el alcance de la autorización es el cambio de naturaleza jurídica de unión temporal a sociedad por acciones o anónima simplificada y no simplemente de nombre"[3].

1.5 Con base en estas actuaciones, Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar SAS (En adelante, SIT Valledupar S.A.S) empezó a ejecutar el contrato adjudicado inicialmente a la UT y a presentarse públicamente como contratista.

1.6 Desde el 1 de junio de 2012 la Secretaría de Obras Públicas fue encargada de la intervención del contrato de concesión. En esta calidad, solicitó a la UT información sobre una presunta cesión irregular del contrato pues, al observar las intervenciones del SIT Valledupar S.A.S, advirtió que no se había hecho una cesión formal del mismo ni se había

recibido una autorización expresa del municipio dirigida a tal fin. Precisó que la cláusula 2.1.2.2 del pliego de condiciones de la licitación pública solo hacía referencia a una transformación previa a la ejecución del contrato y que, en todo caso, no era posible la transformación de una unión temporal en una sociedad mercantil ya que las uniones temporales no son personas jurídicas en estricto sentido.

1.7 SIT Valledupar S.A.S respondió el 4 de junio de 2012 a esta solicitud de información, insistiendo en que la interpretación correcta de la cláusula 2.1.2.2 del pliego de condiciones de la licitación adjudicada inicialmente a la UT, es que el contrato permite la transformación de la entidad contratante durante su ejecución. A ello agregó que debía entenderse que los oficios proferidos por el Secretario de Tránsito de la Alcaldía de Valledupar en agosto y septiembre de 2010 constituyen un verdadero consentimiento de la administración municipal para la transformación operada. Por lo tanto, no podía concluirse que su entidad estuviera ejecutando irregularmente el contrato de concesión.

1.8 Pese a esto, en la misma fecha la Secretaría de Obras Públicas de Valledupar recomendó al alcalde iniciar una actuación administrativa tendiente a declarar la caducidad del contrato aduciendo, entre otros incumplimientos, que la UT SIT Valledupar cedió irregularmente el contrato a la SIT Valledupar S.A.S.

1.9 Conforme a lo anterior, mediante Resolución 01177 de 29 de junio de 2012, el Alcalde Municipal decidió “iniciar actuación administrativa sobre el contrato No. 015 de 2005 tendiente a verificar si se han presentado los incumplimientos descritos por la interventoría del contrato en los informes de mayo 24 y junio 4 de 2012, así como de la información de entes externos como son el Ministerio de Transportes y la Federación Colombiana de Municipios”[4]. En consecuencia, citó a audiencia pública para el día 18 de julio de 2012.

1.10 En dicha audiencia se presentaron los apoderados de SIT Valledupar S.A.S y de la UT SIT Valledupar. La S.A.S solicitó intervenir como ejecutora del contrato, pero esta posibilidad le fue negada. No obstante, la jefe de la oficina jurídica señaló que la entidad accionante podía participar en la audiencia de dos formas: mediante poder otorgado por el representante de la UT para que se constituya en su vocero durante la diligencia o interviniendo como tercero en la parte final de la audiencia. Los demandantes juzgaron que

estos mecanismos eran insuficientes atendiendo a su verdadera condición de contratista y, por tanto, se retiraron de la audiencia.

1.11 En todo caso, a través de escrito allegado a la Alcaldía el día en que se realizó la audiencia, la SIT Valledupar S.A.S en conjunto con la UT SIT Valledupar, presentaron descargos y solicitaron que se diera por terminada la actuación administrativa. Los intervenientes manifestaron que la administración omitió hacer uso de los mecanismos alternativos para la solución de controversias contractuales previstos en la Ley 80 de 1993 y que fueron pactados en el contrato de concesión. Se refirieron también a cada uno de los incumplimientos alegados por la interveniente, y afirmaron que la S.A.S ha satisfecho todas las obligaciones propias del contrato.

En cuanto tiene que ver con la transformación de las entidades y la cesión del contrato manifestaron que, conforme a la cláusula 2.1.2.2 del pliego de condiciones, no existe término perentorio para que los miembros de la unión temporal conformen una persona jurídica con el propósito de dar cumplimiento al objeto del contrato. En este orden de ideas, no se llevó a cabo una cesión contractual, sino una novación subjetiva permitida en el pliego de condiciones.

1.12 Finalizada la audiencia para determinar el incumplimiento del contrato de concesión, el Alcalde Municipal profirió la Resolución 01250 del 18 de julio de 2012 en la que declaró probados los siguientes incumplimientos:

- "a.) El no pago de impuestos del orden municipal (Estampillas Pro Cultura y Pro bienestar del anciano)
- b.) A la expedición insuficiente de las garantías del contrato durante su ejecución.
- c.) La utilización no autorizada de firmas mecánicas, electrónicas o digitales, que implican por si la amenaza de parálisis del servicio.
- d.) La cesión irregular del contrato, que implican por si la amenaza de parálisis del servicio.
- e.) La desconexión del RUNT, que implican por si la amenaza de parálisis del servicio.

f.) La falta de habilitación del Cetro Integral de Atención de Valledupar, que implican por si la amenaza de parálisis del servicio”[5] (subrayas fuera del texto).

En consecuencia, decidió “declarar el incumplimiento contractual y por ende la caducidad administrativa del contrato No. 015 de 2005 suscrito entre el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR y UNION TEMPORAL SISTEMA INTELIGENTE DE TRÁNSITO VALLEDUPAR UT SIT”[6]. Además, ordenó la liquidación del contrato, hizo efectiva la cláusula penal, y dispuso la iniciación de las demás acciones contempladas en el contrato en el evento de la declaratoria de caducidad. Contra esta decisión era procedente el recurso de reposición.

1.13 Para el apoderado de la SIT Valledupar S.A.S, el desconocimiento de su calidad de ejecutora del contrato en la actuación administrativa que tuvo como resultado la declaratoria de caducidad, contrarió los principios de buena fe y confianza legítima.

Según lo indica la entidad, ella ejecutó el contrato fundada en actuaciones recurrentes de la administración municipal que, a través de sus anteriores funcionarios, permitían concluir que la transformación de la UT SIT Valledupar a una S.A.S era válida, conforme a la cláusula 2.1.2.2 contenida en el pliego de condiciones de la licitación. Así, en el 2010, el Secretario de Tránsito de la época informó a la UT sobre la viabilidad de ese cambio y, posteriormente, aclaró que el cambio al que se refería no solo tenía que ver con el nombre sino con la modalidad de la persona jurídica. Además, la S.A.S intercambió posteriormente comunicaciones con el municipio y con las dos interventoras, e incluso fue notificada de la iniciación de la actuación administrativa por el incumplimiento del contrato.

Por esta razón, la sociedad considera que ha sido sorprendida por la nueva administración municipal, puesto que contrariando sus propias manifestaciones y, luego, sin mediar ningún mecanismo alternativo de solución de los conflictos, decidió que la operación surtida entre la UT y la S.A.S constituye una cesión de hecho del contrato de concesión, lo cual está prohibido por la Ley 80 de 1993 y por el contrato mismo.

Para la accionante, estas omisiones carecen de justificación si se tiene en cuenta “la plena identidad existente entre el objeto de la Sociedad Anónima Simplificada y el de la Unión Temporal, de lo cual se deriva que la razón de ser de esta sociedad no es otra que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión tantas veces mencionado y que, en consecuencia, esta sociedad constituía el extremo pasivo de la

obligación cuyo incumplimiento alegaba la autoridad municipal, y estaba llamada a responder patrimonial y personalmente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”.

1.15 Por último, el apoderado de la entidad accionante afirmó que la acción de tutela debía ser concedida como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable que causaría la afectación del derecho al buen nombre y a la honra de la sociedad contratista y de sus socios. El acto administrativo que declara la caducidad del contrato deriva en consecuencias negativas para la entidad, tales como la inhabilidad para contratar con cualquier entidad pública en el término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del mencionado acto, y la declaratoria del siniestro del incumplimiento.

En su parecer, esta situación afecta gravemente la capacidad jurídica de la entidad toda vez que el objeto social es la “repotenciación, operación, mantenimiento y expansión del sistema de semaforización de la ciudad y la implantación de un sistema de control de tráfico y la modernización tecnológica y funcional de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Valledupar”[7]. De modo que con la declaratoria de caducidad se impedirá el desarrollo de este objeto social y se provocará la intempestiva disolución y liquidación de la sociedad, con las consecuencias negativas para cada uno de los socios de la sociedad anónima simplificada.

1.16 Teniendo en cuenta estos hechos, la S.A.S accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, pidió que se deje sin efecto la actuación administrativa que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento y caducidad del contrato 015 de 2005, y que se vuelva a iniciar el procedimiento una vez la SIT Valledupar S.A.S haya sido vinculada.

2. La demanda de tutela fue admitida el 16 de agosto de 2012 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Valledupar.

3.

Intervención de la parte demandada.

3. Adalberto de Jesús Palacios Barrios, actuando como apoderado especial del Municipio de

Valledupar, solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela promovida por Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar S.A.S, argumentando que la acción no satisface el requisito de subsidiariedad y que, en todo caso, esta autoridad municipal no desconoció ninguno de los derechos alegados.

3.1 En cuanto a lo primero, el apoderado de la Alcaldía señaló que la acción de tutela no es procedente toda vez que la sociedad demandante puede acudir a la acción contractual propia de la jurisdicción contencioso administrativa, con el objeto de hacer valer los derechos alegados en la tutela. En efecto, de acuerdo con el apoderado, la disputa planteada por la sociedad accionante tiene origen en las diferencias que surgen por la terminación de un contrato estatal. Esta situación constituye una de las causales de nulidad absoluta previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y, por tanto, es susceptible de ventilarse ante el juez contencioso administrativo.

Sostiene que no existe un perjuicio irremediable que amerite tramitar la tutela como un mecanismo transitorio, puesto que en caso de que se acogieran los argumentos de la S.A.S debería procederse a la indemnización económica de la entidad, y esta pretensión es perfectamente realizable como resultado del trámite de la acción contractual. Además, cualquier acción adelantada por el municipio tiene el carácter de reversible.

3.2 En cuanto a las alegaciones sustanciales presentadas por la entidad demandada, el apoderado de la Alcaldía comenzó por insistir en que la cláusula objeto de debate que está contenida en el pliego de condiciones se circunscribió a la facultad temporal de constituir una sociedad distinta a la unión temporal o consorcio participante con el fin de suscribir el contrato adjudicado, esto es, antes de su ejecución. Una vez se firmara, la autorización para que el proponente adjudicatario adoptara alguna forma de sociedad mercantil, expiraba. Según el abogado, es por esto que se empleó la expresión “para la explotación del objeto a contratar” y no la “explotación del objeto contratado”.

A propósito de lo anterior, la entidad accionada manifestó que la transformación empresarial solo puede predicarse de las personas jurídicas. Como las uniones temporales no lo son, dicha modificación no podía hacerse. El documento privado por el que se pretendió cambiar de una UT a una S.A.S, solamente prueba la constitución de una nueva sociedad. De conformidad con esta calidad, la Alcaldía brindó a la sociedad la oportunidad

de participar como un tercero en la audiencia prevista dentro de la actuación administrativa. Sin embargo, esta entidad decidió no hacer uso de este derecho.

3.3 Finalmente, recordó que la Alcaldía tuvo en cuenta múltiples razones por las cuales se determinó que la contratista original incumplió con sus obligaciones frente a la concesión. No solo el abandono del contrato, sino también la ausencia plena de pólizas de riesgo por parte de la sociedad ejecutante de hecho; el reporte de accidentalidad de la Policía; la ausencia de estados financieros de la Unión Temporal, y la subcontratación de SUTEC con el fin de prestar los servicios de fiscalización electrónica o detención electrónica de infracciones a las normas de tránsito que no fue permitida por la interventoría.

3.4 En este sentido, concluyó la Alcaldía que las razones por las cuales dio inicio a la actuación administrativa son válidas y legítimas, y se explican por cuanto “la entidad se encuentra desprotegida y a la deriva en la ejecución de ese contrato, existiendo la necesidad INMEDIATA de tomar las medidas conducentes para recomponer la situación del servicio que se presta a través de ese contrato y que no es otra que la declaratoria de caducidad”[8].

Intervención de la Asociación de Veedurías Éticas, Transparentes y con Sentido Social.

4. Luis David Toscano Salas, representante de la Asociación de Veedurías Éticas, Transparentes y con Sentido Social, intervino como coadyuvante del Alcalde Municipal de Valledupar, Fredys Miguel Socarrás Reales, con el fin de presentar algunos argumentos que lleven al juez de tutela a declarar improcedente la acción promovida por SIT Valledupar S.A.S.

4.1 El interveniente hizo un análisis de la figura de la cesión de los contratos estatales. Específicamente se centró en la responsabilidad del cedente frente al cesionario y a la entidad estatal; la capacidad jurídica de contratación del cesionario, y el trámite para la cesión del contrato. Con base en ello concluyó que, revisada la capacidad del cesionario, la cesión se perfecciona con la suscripción del acto administrativo de cesión del contrato y requiere la posterior expedición de una garantía única que ampare los riesgos del contrato, así como la publicación de la cesión en el diario único de contratación. Dado que la S.A.S no realizó ninguno de estos actos, el representante infirió que nunca se realizó la cesión del contrato de concesión, y que la sociedad no ha tenido vínculo contractual alguno con el

municipio de Valledupar. Por lo tanto, no puede ser sujeto de las violaciones de derechos fundamentales que alega.

Del fallo de primera instancia.

5. Mediante sentencia proferida el 30 de agosto de 2012, el Juzgado Primero Penal Municipal de Valledupar decidió negar por improcedente la acción de tutela promovida por la SIT Valledupar S.A.S. En primer lugar, señaló que la sociedad puede acudir a la acción contractual y recordó que la declaratoria de caducidad administrativa no debe ser considerada en sí misma como una determinación violatoria de los derechos fundamentales.

5.1 Tampoco encontró que la situación amenazara con generar un perjuicio irremediable en detrimento de los intereses de la S.A.S, toda vez que el acto administrativo que declara el incumplimiento contractual y la caducidad del contrato, no cobija a la persona jurídica accionante. La administración no inhabilitó con su decisión a la SIT Valledupar S.A.S, sino que solo mencionó a la Unión Temporal SIT Valledupar. No podría entonces señalar la S.A.S que la decisión desconoce su buen nombre.

5.2 En segundo lugar, el Juzgado llegó a la conclusión de que la SIT Valledupar S.A.S no adquirió ningún nexo contractual con el municipio, pues el contrato 015 de 2005 fue suscrito con la Unión Temporal y no se autorizó la cesión del contrato. Acogió así los argumentos de la Alcaldía en el sentido de que la transformación de la unión temporal solo era viable antes de la ejecución del contrato y que, posteriormente, cualquier cesión del contrato debía estar precedida de la autorización expresa de la Alcaldía, lo cual no ocurrió en este caso.

5.3 En tercer lugar, el despacho reconoció que la S.A.S podía invocar la aplicación del principio de confianza legítima, comoquiera que la Alcaldía sí sabía que la S.A.S era quien estaba ejecutando el contrato y, si bien esta no lo aprobó, tampoco obra prueba de que rechazara esta situación. Pero también señaló que dicha confianza no se defraudó, puesto que la entidad accionante pudo expresar su inconformidad con la iniciación de la actuación administrativa, obrando como tercero dentro de la misma. Para el juez, la ausencia de

participación en la audiencia fue una decisión unilateral y voluntaria de la sociedad y, por tanto, no podía ser alegada en sede de tutela como un desconocimiento de su derecho al debido proceso y a la confianza legítima.

De la impugnación y el fallo de segunda instancia

6. José Gregorio Hernández Galindo, apoderado de la entidad accionante, impugnó el fallo de primera instancia sin presentar argumentos adicionales.

7. Mediante sentencia del 12 de septiembre de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar confirmó la decisión del juez de primera instancia. Consideró que el actor sí cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, y que este es idóneo para el caso concreto, teniendo en cuenta que se trata de un asunto meramente legal, cuya complejidad o litigiosidad amerita un detallado examen por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos

De acuerdo con los argumentos planteados en la demanda de tutela, correspondería a la Sala establecer si se desconocieron los derechos al debido proceso y al buen nombre, y los principios de buena fe y confianza legítima de la sociedad anónima simplificada SIT Valledupar, al desconocer su condición de contratista en el contrato de concesión 015 de 2005 y, por tanto, en la posterior actuación administrativa que dio lugar a la declaratoria de la caducidad del contrato.

Esta controversia se origina porque el contrato de concesión fue adjudicado a la Unión Temporal SIT Valledupar, pero posteriormente fue ejecutado por la sociedad anónima

simplificada SIT Valledupar. En este sentido, la definición del problema jurídico dependería de resolver tres asuntos: (i) las posibles interpretaciones sobre el alcance y condiciones de aplicación de la cláusula 2.1.2.2 del pliego de condiciones que autoriza a los miembros de la unión temporal a constituirse en alguna forma de sociedad mercantil para la explotación del objeto a contratar; (ii) la aceptación o no por parte de la administración municipal, de la transformación de la Unión Temporal en una sociedad anónima simplificada para efectos de ejecutar el contrato de concesión, y (iii) la razonabilidad de la negativa de la administración a permitir la participación de la sociedad anónima simplificada como contratista dentro de la actuación administrativa en la que se declaró la caducidad del contrato.

No obstante, la Sala advierte que los dos jueces de instancia decidieron que la acción de tutela era improcedente. Señalaron que la sociedad anónima podía acudir a la acción contractual, toda vez que ese era el escenario más adecuado para controvertir la calidad en virtud de la cual la sociedad ejecutó el contrato de concesión; la interpretación de las cláusulas objeto de debate, y las razones por las cuales se declaró la caducidad del contrato. Por esta razón, la Sala debe comenzar por examinar si el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz que haga improcedente la acción de tutela y, solo en caso de que determine que la respuesta a esta inquietud es negativa, avanzará en el estudio de fondo de los argumentos aducidos por la entidad accionante.

Con este propósito, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en torno al carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela. A continuación, se referirá al control jurisdiccional de las controversias contractuales con el Estado. Por último, resolverá el caso en concreto.

1. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

1.1 La acción de tutela es un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales cuya procedencia está condicionada, en principio, a que el solicitante no cuente con otros medios de defensa. Así lo estableció el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 al decir: "La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)".

La Corte ha manifestado de forma reiterada que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios”[9].

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

1.2 En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que el medio de defensa con el que cuenta la persona debe ser idóneo y eficaz[10]. Si no es así, la acción de tutela se torna procedente. De acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, la idoneidad “hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho[11]”[12]. La eficacia, por su parte “tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado”[13].

1.3 La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela como un mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable[14]. Para la Corte, esto ocurre cuando se verifican las siguientes características:

(i) El perjuicio ha de ser inminente o estar próximo a suceder. El perjuicio que amerita la intervención del juez de tutela “se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo”[15] o de la “mera conjetura hipotética”[16]. En este sentido, exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que demuestren que de no tomarse medidas adecuadas, el desenlace de la situación será la consumación de la afectación. Para ello, la Corte ha dicho que es indispensable tomar en cuenta “la causa del daño”[17].

(ii) El perjuicio ha de ser grave. Es decir, “que suponga un detrimiento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica”[18]. Por eso, es preciso comprobar la gran intensidad del daño o menoscabo, y las razones más o menos objetivas que revelen la importancia del bien para la persona que invoca su protección.

(iii) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio han de ser urgentes. Esto significa que los remedios que se solicitan a través de la acción de tutela deben demostrar ser adecuados y proporcionales respecto de la inminencia del perjuicio, y deben guardar “armonía con las particularidades del caso”[19].

(iv) Por último, debe concluirse que las medidas de protección son impostergables. Esto es, que de no adoptarse de forma inmediata “corren el riesgo de ser ineficaces e inoportunas”[20], o de no impedir que el resultado sea la consumación de un daño irreparable. “Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas”[21]

1.4 La Corte ha establecido que para determinar estas características es preciso valorar las particularidades fácticas de cada caso y establecer si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela[22]; si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance[23] e, incluso, si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración[24].

1.5 Debe concluirse entonces que todo el ordenamiento jurídico se orienta a la protección

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

2. El control jurisdiccional de la actuación contractual del Estado, especialmente de la declaratoria de caducidad.

2.1 La Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades que el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los fines del Estado. En esa medida, ha admitido que en la contratación estatal no se parte de un presupuesto de igualdad, sino de una posición privilegiada del Estado contratante sobre el particular contratista, que tiene por objeto permitir que aquél pueda dirigir el contrato, y asegurar la satisfacción de las necesidades de interés general y el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución y la ley[25]. Dicha posición de preeminencia se refleja por ejemplo, en la facultad de pactar y hacer efectivas cláusulas exorbitantes tales como la declaratoria de caducidad y la terminación unilateral del contrato.

No obstante, en virtud del principio de legalidad, buena fe, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa (Art. 209 C.N), el particular contratista tiene la posibilidad de someter las actuaciones de la parte contratante a la administración de justicia[26], cuandoquiera que encuentre que ellas desconocen alguno de dichos principios o vulneran los derechos que el contratista ha adquirido en virtud del contrato estatal.

2.2 Con respecto a esto, la Ley 80 de 1993 y los estatutos que se han expedido desde entonces en materia de resolución de conflictos a través de mecanismos alternativos[27], disponen que las partes en un contrato estatal deben buscar solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, apenas surjan diferencias en cualquier asunto relativo al contrato que sea susceptible de transacción, es un deber de las partes emplear mecanismos de solución de controversias contractuales tales como la conciliación, la amigable composición y la transacción. Más aún, el legislador prevé la posibilidad de que se incluya en los contratos estatales una cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas

diferencias que puedan surgir por razón de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato estatal[28].

La Corte ha entendido que esta investidura temporal de los particulares para el ejercicio de la administración de justicia, tendiente a controlar las diferencias surgidas en virtud de un contrato estatal es un verdadero mecanismo de defensa que torna improcedente la acción de tutela. Sin embargo, en sede de constitucionalidad y siguiendo las disposiciones legales sobre el tema, ha dicho que esta competencia judicial no es plena. Los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos suscritos entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales tales como la caducidad o la terminación unilateral del contrato[29]. En estos casos, deberá acudirse directamente a la jurisdicción contencioso administrativa.

2.3 En efecto, las distintas leyes que han regulado el procedimiento contencioso administrativo han previsto la posibilidad de someter las controversias contractuales al conocimiento de su jurisdicción. El antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984 reformado por la Ley 446 de 1998) contemplaba la acción contractual como mecanismo para resolver las disputas en relación con la legalidad de los actos proferidos en las distintas etapas de la contratación estatal.

Por su parte, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012[30], define así el medio de control judicial previsto para la resolución de controversias contractuales:

“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso[31].

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

De este modo, se hace evidente que existen en la ley mecanismos de control a través de los cuales la acción del Estado como contratante es susceptible de ser sometida a control jurisdiccional y, que estos medios de control abarcan un espectro bastante amplio de asuntos relativos a la celebración, la ejecución y la terminación de un contrato estatal. Por esta razón, y en virtud del principio de subsidiariedad, ha reiterado que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para cuestionar asuntos relacionados con los contratos estatales.

En este sentido, la sentencia T-1071 de 2007 (M.P Nilson Pinilla Pinilla) recordó diferentes pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se ha descartado que la mera declaratoria de caducidad de un contrato estatal implique una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al buen nombre de las entidades afectadas:

“(...) [N]o puede predicarse vulneración del derecho fundamental al debido proceso por el solo hecho de aplicarse la cláusula de caducidad, sino en cuanto concurra alguna situación especial, claramente contraria a derecho, cuya plena demostración corresponderá a quien alegue la vulneración de este derecho.

Dentro de la misma lógica, (...) la legítima aplicación de la cláusula de caducidad previamente estipulada no puede implicar vulneración del derecho al trabajo de ninguna persona, ya que la(s) persona(s) o entidad(es) afectada(s) por esta medida tienen el deber jurídico de soportar tales restricciones o efectos desfavorables.

También se dijo que la aplicación de la cláusula de caducidad tiene siempre los mismos graves efectos ya comentados, por lo demás plenamente conocidos de antemano por parte del eventual sujeto pasivo de esta medida, por lo que no puede sostenerse que ello

implique un posible perjuicio irremediable que abra las puertas a la procedencia de una tutela como mecanismo transitorio. Esta misma observación fue reiterada en la sentencia SU-1070 de 2003, en la que la Corte analizó ampliamente la eficacia del otro medio de defensa judicial existente.

Por su parte, la sentencia T-196 de 2003 contiene observaciones semejantes a las ya referidas en lo que atañe a la posible afectación del derecho al debido proceso, y agregó una pertinente reflexión en el sentido de que la caducidad contractual legítimamente impuesta tampoco puede comportar vulneración del derecho al buen nombre, ya que en aplicación de la amplia doctrina constitucional existente en torno a este derecho, quien con su comportamiento ha dado lugar a la aplicación de sanciones o restricciones a sus derechos dentro del marco previsto por la Ley, no puede luego alegar que ellas afectan su buen nombre, sino que debe soportar este tipo de efectos desfavorables, que por lo demás sólo en su mano está poder evitar”.

Atendiendo a ello, en la mayoría de las ocasiones, la Corte ha encontrado que las controversias en relación con los contratos estatales no involucran la amenaza o vulneración de un derecho fundamental sino que se ciñen a cuestionar la legalidad de la declaratoria de caducidad. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en demandas de tutela estudiadas por la Corte, en las que se cuestiona el sentido o alcance que deba darse a una determinada cláusula contractual[34]; la capacidad del Estado para la declaratoria de caducidad de una empresa en proceso de intervención estatal[35]; el tipo de contrato sobre el cual se aplica la caducidad[36]; e inclusive la correcta notificación de la actuación administrativa previa a la aplicación de esta cláusula excepcional[37]. En estas ocasiones, la Corte ha recordado que la declaratoria de caducidad es un acto de la administración que está sometido a control jurisdiccional y que, por tanto, la persona jurídica natural o afectada debe acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para presentar sus reclamaciones y no a la acción de tutela.

2.5 Solo de manera excepcional la Corte ha examinado sucesos que giran en torno a la declaratoria de caducidad de un contrato estatal. En una oportunidad, la acción de tutela fue presentada porque la entidad estatal accionada declaró la terminación unilateral del contrato durante el trámite de una acción contractual elevada contra la declaratoria de caducidad de un contrato. Considerando que la entidad accionante ya había hecho uso de la

acción contencioso administrativa correspondiente y que, la etapa procesal en la que se encontraba le impedía cuestionar la decisión administrativa de terminar unilateralmente el contrato, la Corte declaró que la acción de tutela era procedente desde el punto de vista formal[38].

En otra ocasión, la Corte asumió el estudio de las acciones de tutela presentadas por diferentes sociedades que conformaron otra sociedad con el fin de participar en un contrato de concesión. En ese caso, la resolución que declaró la caducidad del contrato señaló que ella generaba una inhabilidad para la sociedad concesionaria pero, sorpresivamente, en la resolución que decidió el recurso de reposición contra la declaratoria de caducidad, extendió sin motivación alguna dicha inhabilidad a las sociedades accionantes. Para la Corte, aun cuando la acción de tutela se presentó sin haber empleado el medio de control dirigido a resolver las controversias contractuales, esta debía estudiarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable debido a (i) que de los fundamentos jurídicos y fácticos se podía colegir, más allá de toda duda, que se vulneró plenamente el derecho al debido proceso de las entidades accionantes, y (ii) que existían razones suficientes para establecer que la limitación que conllevaba esta declaratoria para la ejecución del objeto social de las entidades accionantes podía generarles un perjuicio irremediable, que urgía la adopción de medidas de protección[39].

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

3. El caso en concreto.

3.1 En el 2005, el Municipio de Valledupar adjudicó la concesión 015 de 2005 a la UT SIT

Valledupar, ganadora en la correspondiente licitación pública. En el 2010, los miembros de esta Unión Temporal decidieron “transformarse” en la sociedad anónima simplificada SIT Valledupar para continuar con la ejecución del contrato. La UT adoptó esta decisión con base en (i) una cláusula del pliego de condiciones que luego se incorporó al contrato, y que en el aparte relativo a los participantes facultó a la Alcaldía para autorizar a los miembros de la unión temporal a constituirse en alguna forma de sociedad mercantil para la explotación del objeto a contratar; y (ii) las comunicaciones recibidas por el Secretario de Tránsito municipal, según el cual era viable realizar esta transformación.

Cuando el contrato cambió de interventoría en junio de 2012, y esta fue asumido por la Secretaría de Obras Públicas, se advirtió a la Alcaldía que (i) la cláusula con base en la cual se constituyó la S.A.S no tenía el alcance dado por las entidades, ya que la transformación de la unión temporal solo podía darse en la etapa previa a la ejecución del contrato; y (ii) que la Alcaldía nunca dio su autorización para dicha operación pues, de hacerlo, ella se hubiera concretado en un acto administrativo. Conforme a ello, concluyó que lo que había ocurrido era una cesión de hecho y que la UT había abandonado la ejecución del contrato.

Esta situación, sumada a otras irregularidades alegadas por la interventoría, llevó a la administración municipal a iniciar una actuación administrativa y a declarar la caducidad del contrato. Allí (iii) se permitió la participación de la S.A.S pero solo como un tercero y no como contratista. Por esta razón, la entidad decidió no participar del proceso.

3.2 Para la Sala, todos estos constituyen aspectos relevantes de la ejecución y terminación de un contrato estatal de concesión. Sin embargo, plantean problemas principalmente legales: uno relativo a la interpretación del contrato de concesión; otro que gira en torno al valor de las comunicaciones intercambiadas entre la UT y la Alcaldía a propósito de la transformación en una sociedad y, por último, una controversia concerniente a la calidad en virtud de la cual la sociedad anónima debió haber participado en la actuación administrativa adelantada por el municipio. Además, la decisión que subyace a estas cuestiones es la determinación de si la S.A.S fue verdadera contratista o solo ejecutora de hecho del contrato adjudicado a la unión temporal. Esta decisión por sí sola, carece de trascendencia desde el punto de vista constitucional.

Es preciso aclarar que lo que se cuestiona de la participación de la S.A.S en la actuación administrativa que dio lugar a la declaratoria de caducidad no es la ausencia absoluta de posibilidades de ejercer los derechos a la contradicción y a la defensa frente a las acusaciones de la entidad intervenida y del municipio. Esta hipótesis, que podría involucrar una grave vulneración del derecho al debido proceso, no se configura en el caso concreto puesto que la misma entidad accionante reconoce que pudo exponer por escrito sus argumentos en la misma fecha en la que se desarrolló la audiencia pública como parte de la actuación administrativa previa a la declaratoria de caducidad, y la Alcaldía demostró cómo habilitó a la S.A.S para que ejerciera de forma presencial sus derechos en esa diligencia, aun cuando ello debía hacerse en principio como un tercero pues es la calidad de contratista la que está en discusión, y por voluntad propia la S.A.S no lo hizo. Así las cosas, lo que se discute no es la ausencia plena de participación, sino el problema legal relativo al estatus que debía dársele a la S.A.S dentro de las discusiones en torno al contrato de concesión.

3.3 Esto no significa que la actuación contractual carezca de controles que garanticen la vigencia plena de los derechos de la S.A.S. Para esta Sala es evidente que la sociedad accionante tiene a su disposición otro mecanismo de defensa judicial, tal como es el medio de control frente a controversias contractuales contemplado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Este es un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz en el caso concreto y, por tanto, torna improcedente la presente acción de tutela.

En efecto, el mencionado medio de control está diseñado para controvertir la legalidad de actos administrativos contractuales tales como la declaratoria de caducidad del contrato del servicio de semaforización de Valledupar. Además, permite solicitar la indemnización de perjuicios, condenas, así como hacer “otras declaraciones”. Estas pretensiones previstas en el artículo relativo a las controversias contractuales, abarcan las acusaciones hechas por la sociedad accionante que se orientan principalmente a que se deje sin efectos la declaratoria de caducidad, pero también a que se fije la interpretación de una cláusula y el valor de las comunicaciones emitidas por la administración municipal, así como que se declare la calidad de contratista de la entidad.

La Sala estima que, toda vez que en este caso la discusión sobre el carácter de contratista de la SIT Valledupar S.A.S requiere de una intensa actividad probatoria e interpretativa del

contrato y de las acciones del Estado como parte contratante, el escenario contencioso administrativo es el más propicio para resolver la controversia contractual ya que éste, y no la acción de tutela, permite una intervención amplia de las partes y la contradicción plena del material probatorio.

Podría argumentarse que el medio de control señalado no es idóneo para la S.A.S, comoquiera que quienes están legitimados para promover esta acción son las partes del contrato, y el asunto central de la discusión es justamente la atribución de esta calidad a la S.A.S. Sin embargo, no puede perderse de vista que es la propia entidad accionante quien alega ser verdadera parte del contrato de la concesión 015 de 2005 y, por lo tanto, no deberían generarse dudas para ella en relación con su legitimación en la causa en un proceso ante lo contencioso administrativo. Además, en el trámite de la demanda para dirimir controversias contractuales se contempla una etapa procesal destinada a discutir la legitimidad de las partes como excepción previa, en una audiencia que garantiza los derechos de contradicción y defensa (Art. 180-6 Ley 1437 de 2011). En todo caso, el mismo artículo permite que un tercero que acredite un interés directo participe en el proceso. En este orden de ideas, la sociedad accionante sí puede acudir al mecanismo destinado a resolver controversias contractuales.

3.3 Ahora bien, se ha dicho que aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la tutela puede proceder si es instaurada como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable que sea inminente, grave, y que requiera de medidas urgentes e imposergables. En el caso concreto, el apoderado de la accionante manifestó que requieren el amparo constitucional al menos con carácter transitorio, con el propósito de evitar el menoscabo que sufriría el buen nombre de la sociedad anónima simplificada y la posibilidad de ejercer su objeto social. A su juicio, la entidad fue creada con el objeto específico de ejecutar el contrato de concesión, y con la declaratoria de caducidad vería cuestionada su capacidad para contratar con el Estado. Esto por cuanto dicha decisión deriva en la inhabilidad de contratar con el sector público por el término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declara la caducidad, y en la declaratoria del siniestro de incumplimiento del contrato.

Esta Sala no comparte las apreciaciones hechas por el apoderado de la sociedad accionada. Al contrario, observa que las consecuencias negativas de la declaratoria de caducidad no

tienen la entidad suficiente para convertirse en un perjuicio para la sociedad anónima simplificada, cuya inminencia y gravedad hagan imperativa la intervención del juez constitucional. Primero porque, tal como lo advirtió el juez de primera instancia, al menos desde el punto de vista estrictamente formal el artículo primero de la Resolución 1250 de julio 18 de 2012 declara el “incumplimiento contractual y por ende la caducidad administrativa del contrato No. 015 de 2005 suscrito entre el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR y UNION TEMPORAL SISTEMA INTELIGENTE DE TRÁNSITO VALLEDUPAR UT SIT (...). En este orden de ideas, en principio la inhabilidad y las demás consecuencias recaen sobre la Unión Temporal y no sobre SIT Valledupar Sociedad Anónima Simplificada.

Segundo, porque es cierto que el objeto social de esta sociedad anónima simplificada es la “repotenciación, operación, mantenimiento y expansión del sistema de semaforización de la ciudad y la implantación de un sistema de control del tráfico y la modernización tecnológica y funcional de la Secretaría de Tránsito de Transporte de Valledupar”, y esta actividad es prácticamente idéntica a la contemplada en el objeto del contrato de concesión 015 de 2005.

Pero, al menos desde el punto de vista de la constitución de las sociedades mercantiles, la declaratoria de la caducidad no genera como consecuencia directa e inminente la desaparición del objeto social de la S.A.S, o la desaparición de la S.A.S, toda vez que la caducidad se declaró sobre un determinado contrato de concesión y no sobre los servicios y actividades relativas al sistema de semaforización de Valledupar. En todo caso, dado que el objeto social de esta sociedad y la caducidad del contrato de concesión dependen en buena parte del alcance que se le brinde a la cláusula 2.1.2.2 del pliego de condiciones relativo a la posibilidad de que se creara la S.A.S solo para ejecutar el contrato de concesión, es el juez contencioso administrativo quien debe dirimir este punto y no esta Corporación.

Tercero, debe recordar la Sala que la declaratoria de caducidad e incumplimiento de un contrato estatal no genera por sí misma un menoscabo o una amenaza de vulneración del derecho al buen nombre. De hecho, si se tiene en cuenta que atentan contra el derecho al buen nombre aquéllas informaciones que, contrarias a la verdad, distorsionan el prestigio social que tiene una persona, sin justificación alguna, en el caso sujeto sub examine la Sala advierte que la declaratoria de caducidad sí tiene múltiples fundamentos establecidos durante la actuación administrativa. Este solo hecho descarta la ausencia total de

justificación y, por tanto, la distorsión arbitraria del buen nombre de la entidad.

Pero adicionalmente, en el caso objeto de esta tutela, hasta tanto las razones por las cuales se declaró que la UT incumplió con las obligaciones del contrato de concesión y que la S.A.S no podía ser apreciada como contratista, no sean controvertidas por el juez contencioso administrativo, deben presumirse válidas, y no pueden descartarse sin más por vía de tutela. Para desvirtuarlas, se requiere un concienzudo ejercicio interpretativo y probatorio por parte del juez contencioso administrativo.

Cuarto, no podría afirmarse que sin importar cuáles sean las resultas del proceso contencioso administrativo, la decisión de la administración municipal le causará un desprecio irremediable a la S.A.S en el ámbito negocial en el que se desenvuelve. Cabe la posibilidad de que en el trámite contencioso administrativo se determine que asistía razón a la S.A.S al considerar que era parte en el contrato de concesión e, incluso, podría darse un escenario en el que se declare nula la resolución que dio lugar a la caducidad del contrato de concesión. Si ello ocurriera, el supuesto desprecio se resolvería pues la sola sentencia reivindicaría la validez de la actuación de la S.A.S. Por esta razón, la Sala estima que la entidad accionante está afrontando entonces una mera expectativa de daño, que se resolverá con la decisión del juez ordinario, y no un perjuicio inminente que exija la intervención del juez constitucional.

Por último, cabe señalar que el apoderado de la entidad accionante no aportó argumentos suficientes para considerar que la adopción de medidas transitorias por parte del juez constitucional fuera urgente e impostergable. Para esta Sala, el hecho de que el perjuicio derivado de las consecuencias negativas para el nombre y la capacidad de contratación atañan a la UT y, en principio, no afecten directamente a la entidad accionante; así como que no sea inminente la afectación al buen nombre de la S.A.S, hace razonable esperar a que la jurisdicción contencioso administrativa decida si la S.A.S podía ser o no declarada como contratista de la concesión y si, en virtud de ello, la legalidad del acto que declaró la caducidad debe o no ser revisada.

3.4 Atendiendo a todo lo anterior, esta Sala concluye que asistió razón a los jueces de instancia cuando decidieron negar por improcedente la acción de tutela promovida por la S.A.S SIT Valledupar, toda vez que la sociedad cuenta con otro mecanismo de defensa

judicial, como es el medio de control de controversias contractuales ante la jurisdicción contencioso administrativa, que ni siquiera ha intentado. Además, en el estado actual de las cosas, no se requiere la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, la Sala confirmará los fallos dictados por el Juzgado Primero Penal Municipal y Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 12 de septiembre de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, y la providencia del 30 de agosto de 2012 del Juzgado Primero Municipal de Valledupar, que negaron por improcedente la tutela promovida por Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar S.A.S – SIT Valledupar S.A.S contra la Alcaldía Municipal de Valledupar.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

- [1] Fl. 51 Licitación Pública 005 de 2004 del municipio de Valledupar.
- [2] Documento obrante en el fl. 161 Cuaderno de la demanda.
- [3] Documento obrante en el fl. 164 Cuaderno de la demanda.
- [4] Fl. 22 y 23 de la Resolución 01177 del 29 de junio de 2012.
- [5] Fl. 391 del cuaderno de la demanda. Resolución No.01250 de julio 18 de 2012.
- [6] Ibídem.
- [7] Fl. 27 del cuaderno de la demanda. Certificado de existencia y representación legal de Sistemas Inteligentes de Tránsito de Valledupar SAS – SIT de Valledupar S.A.S.
- [8] Fl. 126 Cuaderno 1 de tutela.
- [9] T-595/07 M.P Jaime Córdoba Triviño.
- [10] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-211/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-580/06 M.P Manuel José Cepeda, T-972/05 M.P Jaime Córdoba Triviño, y SU-961/99 M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
- [11] Ver sentencias T-211/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-001/07 M.P Nilson Pinilla Pinilla, T-580/06 M.P Manuel José Cepeda, T-760/05 M.P Humberto Sierra Porto.
- [12] T-211/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.
- [13] Ver, entre otras, las sentencias T-858/10 M.P Gabriel Eduardo Mendoza, T-160/10 M.P Humberto Sierra Porto, T-514/08 M.P Clara Inés Vargas y T-425/01 M.P Clara Inés Vargas.
- [14] Ver sentencias T-043/07 M.P Jaime Córdoba Triviño, T-1068/00 M.P Antonio Barrera Carbonell y T-278/95 M.P Hernando Herrera Vergara.
- [15] T-076/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[16] Ibídem.

[17] T-1316/01 M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

[18] Ibídem.

[19] Ibídem.

[20] T-076/11. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] Ibídem.

[22] Ver, entre otras, las sentencias T-068/06 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-822/02 M.P Rodrigo Escobar Gil, SU-961/99 M.P Vladimiro Naranjo Mesa y T-384/98 M.P Alfredo Beltrán Sierra.

[23] Ibidem.

[24] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-557/11 M.P María Victoria Calle, T-076/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-656 de 2006 M.P Jaime Araújo Rentería y T-768 de 2005 M.P Jaime Araújo Rentería.

[25] Ver sentencia T-1088/06 M.P Álvaro Tafur Galvis.

[26] Art 116 C.N: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. // El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. // Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. // Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (...)"

[27] Arts. 68, 226 y ss. de la Ley 80 de 1993; Decreto 1818 de 1998 y Art. 118 de la Ley 1563 de 2012.

[28] Art. 118 de la Ley 1563 de 2012 y 228 de la Ley 80 de 1993.

[29] C-1436/00 M.P Alfredo Beltrán Sierra.

[30] Esta norma derogó el art. 87 del anterior Código Contencioso Administrativo.

[31] El artículo hace referencia a las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

[32] Ver sentencias T-1071/07 M.P Nilson Pinilla Pinilla, T-1088/06 M.P Álvaro Tafur Galvis, SU-1070/03 M.P Jaime Córdoba Triviño, T-196/03 M.P Jaime Córdoba Triviño, C-949 de 2001 M.P Clara Inés Vargas, y T-569/98 M.P Alfredo Beltrán Sierra.

[33] T-1071/07 M.P Nilson Pinilla Pinilla. El Artículo 18 de la Ley 80 de 1993 define así la figura de la caducidad: “La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. // En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. // Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.// La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

[34] T-1088/06 M.P Álvaro Tafur Galvis

[35] T-196/03 M.P Jaime Córdoba Triviño.

[36] T-1071/07 M.P Nilson Pinilla Pinilla.

[37] SU-1070/03 M.P Jaime Córdoba Triviño.

[38] T-387/09 M.P Humberto Sierra Porto.

[39] SU-219 de 2003 M.P Clara Inés Vargas Hernández.