

Sentencia T-337/05

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias contractuales

PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ-Improcedencia general de tutela para controvertir interpretaciones judiciales/PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ-
Procedencia excepcional de tutela para controvertir interpretaciones judiciales

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PROPONENTES EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance

Referencia: expediente T-1014496

Acción de tutela instaurada por Luis Germán Villaveces Uribe y Mauricio Gerlein Echeverría, obrando en nombre y representación de las sociedades VIC Ltda. y Valores y Contratos S.A., Valorcon S.A., contra el Instituto Nacional de Concesiones, INCO.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAUJO RENTERIA, ALFREDO BELTRAN SIERRA y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior, ambos de Barranquilla, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Villaveces Uribe y Mauricio Gerlein Echeverría, obrando en nombre y representación de las sociedades VIC Ltda. y Valores y Contratos S.A., Valorcon S.A., contra el Instituto Nacional de Concesiones, INCO.

I. ANTECEDENTES.

- Luis Germán Villaveces Uribe y Mauricio Gerlein Echeverría, obrando en nombre y

representación de las sociedades VIC Ltda. y Valores y Contratos S.A., Valorcon S.A., presentaron acción de tutela contra el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, basando su demanda en los motivos que se sintetizan a continuación:

- El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, abrió la licitación pública No. INCO-SGEA-003 de 2.004 para la entrega en concesión de la carretera Pereira - La Victoria- en los términos en ella indicados. En el correspondiente pliego de condiciones, INCO dedicó un capítulo al tema "anticorrupción", dentro del cual dispuso que en cada propuesta se debía acreditar la realización de todos los pagos, ordinarios y extraordinarios que los distintos proponentes hubieran hecho o estuvieran por hacer con ocasión de la licitación (subnumeral 3 del numeral 1.11.1). Exactamente se señaló:

"El proponente se compromete a revelar de manera clara y en forma total en su propuesta, siguiendo el Anexo 6 (compromiso anticorrupción), los nombres de todos los beneficiarios reales de los pagos suyos o efectuados en su nombre, relacionados por cualquier concepto con la Licitación, incluyendo tanto los pagos ordinarios ya realizados y por realizar, como los que se proponga hacer si su Propuesta resulta favorecida....".

- En ese orden de ideas, cada proponente debía asumir ese compromiso anticorrupción de manera expresa mediante la suscripción de un modelo de carta en que se revelaran todos los pagos, hechos y por hacer, ordinarios y extraordinarios, que era su anexo 6, en estos términos: "El compromiso que según el presente numeral debe contraer el Proponente, deberá hacerse constar en una carta de compromiso y se contraerá bajo la gravedad de juramento, el que se entiende prestado con la sola suscripción del Anexo 6 del presente Pliego de Condiciones."

- El incumplimiento de ese compromiso anticorrupción traería como consecuencia el rechazo de la propuesta, al disponer en el primer párrafo del numeral 1.11.2., incumplimiento de los compromisos, lo siguiente:

"Si se comprobare el incumplimiento del Proponente, sus representantes o sus empleados o agentes, de los compromisos antes enunciados durante el proceso de Licitación, se rechazará la Propuesta presentada....".

- Igualmente se dispuso que si el INCO comprobare el incumplimiento de ese compromiso

anticorrupción con posterioridad a la adjudicación o firma del contrato, podría declarar su caducidad, según el caso. Así se previó en el segundo párrafo del numeral 1.11.2., incumplimiento de los compromisos:

“Si se comprobare el incumplimiento de dichos compromisos con posterioridad a la Adjudicación de la Licitación, o con posterioridad a la suscripción del Contrato, ello será suficiente para no suscribir el Contrato o para declarar la caducidad del Contrato de Concesión...”

- El compromiso anticorrupción se entendería incumplido incluso cuando el pago omitido, o no revelado, fuera lícito, pues según el párrafo tercero del numeral 1.11.2: “Para efectos de la comprobación a que se refiere la presente cláusula, se entenderá como una de las formas de incumplimiento del presente compromiso, la no revelación clara y suficiente de cualquiera de los pagos a los que aquí se hace referencia, independientemente de cualquier otra circunstancia o del destino lícito o ilícito de los dineros correspondientes....”

- Las afirmaciones de los proponentes en materia del compromiso anticorrupción podían tener un margen de error equivalente en pesos a US \$ 5.000, sin que se entendiera incumplido el compromiso y, desde luego, sin que ello diera lugar a la anotada sanción de rechazo de la propuesta, tal como reza el parágrafo cuarto del numeral 1.11.2.: “se entenderá que esta causal de incumplimiento no operará por sí sola cuando la suma de los pagos no revelados sea inferior a un valor total de cinco mil Dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 5.000)...”.

- La licitación se cerró el día 14 de mayo de 2.004, lo que significa que en dicha ocasión se presentaron todas las propuestas con sus anexos y dentro de ellos el referente al compromiso anticorrupción, que era el número 6 de los pliegos. A la indicada licitación se presentaron, entre otras más, la Unión Temporal Concesión Vial Matecaña, conformada por las sociedades demandantes Valorcon S.A. y Vic Ltda., para abreviar Concesión Vial Matecaña (las demandantes), y la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A., conformada por las sociedades Conalvías S.A., Patria S.A., Agremezclas S.A., César Jaramillo & Cía. Ltda. y Edgar Jaramillo J & Cía. Ltda., en adelante Concesionaria de Occidente.

- La Concesión Vial Matecaña, conformada por las sociedades demandantes cumplió a

cabalidad su compromiso anticorrupción, pues no sólo suscribió el compromiso de tal naturaleza a que se refería el anexo 6 de los pliegos, sino que en él reflejó la totalidad de los pagos en que había incurrido y los que calculaba hacer en el futuro, sin mentiras ni errores de ningún tipo, como quedó reflejado en dicho documento. No ocurrió así con la Concesionaria de Occidente, quien no cumplió el compromiso anticorrupción y se colocó en causal de rechazo de su propuesta, como lo demuestra la siguiente relación:

“En su ‘Formato de revelación de Pagos’, que corresponde a parte del anexo 6 de su propuesta, segundo renglón del cuadro que allí aparece, se encuentra que dicho proponente expresa haber hecho el siguiente pago por concepto de póliza de seriedad de su oferta:

Nombre del Beneficiario

Valor del pago

Concepto

Período

o

fecha

Prevista para Pago

...

...

...

. . .

Agrícola de Seguros e

\$ 13'577.800

Garantía

de

Mayo 13 de 2004

Intermediario

Delima

seriedad

de

la

Mash SA

oferta

Sin embargo, ni Agrícola de Seguros expidió póliza alguna de seriedad de la oferta a dicho proponente, ni éste pagó por ella \$ 13'577.800, ni mucho menos el pago ocurrió el día indicado.”

- Significa lo anterior, que la compañía Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de

Occidente S.A. no acompañó póliza de compañía de seguros, como lo afirmó, sino garantía bancaria de seriedad de su propuesta, y además no indicó cuál fue el precio que pagó por ella, o cuál era el que planeaba pagar.

- Posteriormente, dentro del trámite ante el INCO, al responder a la observación que en aquél sentido le hiciera la Concesión Vial Matecaña, la Concesionaria de Occidente adjuntó un extracto de su cuenta corriente en que consta que el día 17 de mayo, es decir, 3 días después del cierre de la licitación, el Banco de Colombia le descontó o debitó la suma de \$ 75'400.000 por concepto de "Comisión GTIA 554500679", que aparentemente correspondería a la emisión de aquella garantía. Significa lo anterior que "dicha promesa de futura sociedad no solo faltó a la verdad en su anexo 6, pues indicó adjuntar una póliza de compañía de seguros, que no adjuntó, y afirmó haber hecho un pago por concepto de su prima, que no hizo, sino que omitió relacionar el pago por la emisión de su garantía bancaria, cuyo valor, aceptando el que consta en su extracto, no solo ocurrió con posterioridad al cierre de la licitación, sino que supera con creces aquel a partir del cual, según los pliegos, era constitutivo de incumplimiento del compromiso anticorrupción, toda vez que los poco más de 75 millones de pesos que se le debitaron por dicho concepto superan, en mas de US\$ 22.000, el límite de US\$ 5.000 de margen de error permitido en los pliegos. En efecto, los US\$ 5.000 equivalen a una suma que está alrededor de los \$ 13'000.000, mientras que los anotados 75 millones de pesos equivalen a más de US\$ 27.000."

- Manifiestan los accionantes, que el INCO liberó unilateralmente, de manera ad hoc, a la proponente Concesionaria de Occidente, de la obligación de cumplir el compromiso anticorrupción que ella misma había establecido en sus propios pliegos para todos los concursantes y cuyo incumplimiento por parte de aquella daba lugar al rechazo de su propuesta, pues la aceptó e incluso le adjudicó el contrato manifestando que "... no existe una disposición emanada del Pliego de Condiciones que señale la obligatoriedad para los proponentes de presentar el recibo de pago de la Garantía de Seriedad de la Propuesta expedida mediante una garantía bancaria." y que "... el formato de revelación de pagos tiene por objetivo servir de herramienta al INCO para conocer y adelantar el seguimiento pertinente a los pagos que, por su naturaleza, no se encuentren revelados por cualquier otro medio en la propuesta...". En sentir de los accionantes, fue ese el viraje que dio el INCO, al adjudicar la licitación a dicha Concesionaria de Occidente, según consta en su Resolución No. 000661 de julio 16 de 2.004.

- Sostienen los peticionarios que con esa conducta, la entidad demandada violó los derechos constitucionales fundamentales de las sociedades demandantes al debido proceso, de que trata el art. 29 de la Carta, y a la igualdad, de que trata el art. 13 de la misma. Igualmente se lee en la demanda, que el Instituto Nacional de Concesiones incurrió en vía de hecho cuando exoneró a la proponente Concesionaria de Occidente de la obligación de cumplir los pliegos de condiciones, en lo referente al compromiso anticorrupción. Lo anterior, porque el INCO dictó y apoyó la resolución de adjudicación de la precitada licitación en una particular y concreta determinación suya, abiertamente violatoria de las normas que el mismo Instituto previamente había establecido en su pliego de condiciones.

En efecto, señalaron los peticionarios, “los anotados pliegos del INCO fueron claros en exigir la acreditación de todo pago, ordinario y extraordinario, hecho o por hacer, por cualquier concepto, en relación con dicha licitación. La palabra que califica el pago de ‘ordinario’ figura en los pliegos, según ya se vio. Ello indicaba la necesidad de revelar todos los pagos que por su naturaleza tuvieran que ver con la licitación, dentro de los cuales se incluye, obviamente, aquel con el cual se acreditara la adquisición de la garantía de seriedad de la oferta, cualquiera que fuese su modalidad, póliza de compañía de seguros o garantía bancaria. E incluía la necesidad de revelar los pagos, lícitos o ilícitos hechos o por hacer con ocasión de dicha licitación, en el entendido de que el omitir un pago, así fuera lícito, daría lugar a entender incumplido el compromiso anticorrupción y, por ello, al rechazo de la propuesta.”

De manera tal que cuando el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, sostiene que no había obligación de revelar todos los pagos, sino solo aquellos que no tuvieran que ver con la naturaleza de la licitación, realiza “un cambio de última hora de la respectiva norma, o si se prefiere, refleja su abierta y clara violación e inaplicación.”

Recuerdan los accionantes, que “el citado proponente Concesionaria de Occidente, al presentar su oferta el día 14 de mayo, afirma tres hechos relacionados con la garantía de seriedad de su propuesta, que según después se supo no correspondían a la verdad:

* que estaba acompañando póliza de seriedad de su propuesta expedida por Agrícola de Seguros;

* que por prima de esa póliza había pagado \$ 13'577.800; Y

“Por el contrario, al avanzar el proceso licitatorio se supo la verdad:

- “que su garantía de seriedad de la oferta no la prestó en la modalidad de póliza, sino en la de garantía bancaria.

- “que su precio no fue de \$ 13'577.800, sino de \$ 75'400.000; Y

- “que el pago no lo hizo antes del cierre, ni reveló tener proyectado hacerlo con posterioridad a él, sino que fue hecho, a espaldas de lo manifestado en su compromiso anticorrupción, el día 17 de mayo /04, o sea después del cierre.”

De conformidad con lo expuesto, se hacen las siguientes peticiones:

- Que se declare inexistente, o inaplicable y sin valor ni efecto alguno, la Resolución No. 000661 /04 del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, mediante la cual adjudicó a los miembros de la promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. su licitación pública No. INCO SGEA-003 de 2004 para la concesión de la carretera Pereira - La Victoria, por ser violatoria de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la igualdad de las sociedades demandantes, y que en el evento de que a la fecha de la sentencia que ponga fin a la presente acción ya se hubiere suscrito el contrato con el proponente adjudicatario de dicha licitación, se deje sin efecto dicho contrato por las mismas razones de orden constitucional ya indicadas.

- Que se le ordene al INCO corregir la aplicación que le dio en la anotada licitación a las normas anticorrupción establecidas por dicho Instituto en su pliego de condiciones y que proceda a adjudicar dicha licitación nuevamente respetando los derechos constitucionales fundamentales en cuya protección se ejerce esta acción de tutela.

Finalmente señalan, que no existe otro mecanismo de defensa judicial, pues lo que se intenta con esta acción de tutela es que se repita el proceso de selección, en lo referente a la adjudicación de la licitación INCO-SGEA-003 de 2.004 antes mencionada, y para ello no existe otro medio de defensa judicial que dispense la posibilidad de ejercer pretensión siquiera parecida a la indicada. Sin embargo, manifestaron lo siguiente:

“Cabe agregar que por la naturaleza administrativa del asunto planteado podría pensarse en alguna de las acciones establecidas en el código contencioso administrativo, como la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación de la licitación, la cual incluso dispensa la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de la resolución cuestionada. Pues bien, a ese respecto nos adelantamos a hacer ver que ni esa acción, ni ninguna otra de las restantes acciones consagradas en dicho Estatuto, ofrecen siquiera la remota posibilidad de perseguir una nueva selección del contratista dentro del respectivo proceso de selección, por varias razones:

“La primera de ellas consiste en que la acción que más ofrece al particular afectado con la actuación administrativa es la mencionada de nulidad y restablecimiento del derecho, en que, aun prosperando, no es posible tal tipo de pretensión, pues ése no es su alcance, tal como surge del texto del artículo 85 del código contencioso administrativo y en infinidad de ocasiones lo ha reiterado el Consejo de Estado, independientemente de los 10 años que bien puede tardar una acción de aquellas.

“La segunda consiste en que en esta acción de tutela no se está pidiendo la nulidad del acto de adjudicación, ni su suspensión, que es un problema que corresponde a la jurisdicción administrativa.

“Es más: lo que aquí se persigue es revivir el mismo proceso de selección en donde ocurrió la alegada violación de los derechos constitucionales fundamentales, y no otro distinto, a fin de que en ese escenario se culmine válidamente lo que en su momento comenzó el INCO. No se persigue ni la nulidad del acto de adjudicación, ni la indemnización de perjuicios por la no adjudicación del contrato. Dicho con otras palabras, el derecho administrativo no ofrece la solución que aquí se demanda.”

Para culminar, solicitan como medida provisional que mientras se decide de fondo la presente acción, se disponga la inmediata suspensión de los trámites que le sigan a la adjudicación de la licitación, bien dando la orden de no firmar el contrato respectivo, si para entonces no se hubiera firmado, o bien disponiendo su paralización en el estado en que se encuentre, en caso contrario.

II. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

1. Copia informal del acuerdo de Unión Temporal de las sociedades demandantes;

1. Copia informal de la existencia y representación legal de dichas sociedades.

1. Copia informal de los pliegos, en lo referente a las normas anticorrupción.

1. Copia informal de las respectivas propuestas solo en lo referente al compromiso anticorrupción.

5. Copia informal de la evaluación de las propuestas hecha por el INCO.

6. AZ No. 1 que contiene propuesta económica de la Concesionaria de Occidente S.A. Requisitos y propuesta técnica de este mismo proponente y copia del pliego de condiciones.

7. AZ No.2 que contiene los documentos de observaciones y contraobservaciones ocurridos durante el proceso licitatorio.

8. AZ No.3 que contiene copia del contrato de Concesión No. GG-046-2004 del 2 de agosto de 2004, resolución de adjudicación, acta de la audiencia de adjudicación, informe definitivo de evaluación e informe preliminar de evaluación.

III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

La Coordinadora del Grupo jurídico del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, en escrito enviado al juez de instancia señaló lo siguiente:

- La actuación del Gerente General del INCO y de los demás funcionarios que participaron dentro del proceso licitatorio N° INCO-SGEA-003 de 2004 ha sido acorde con la normatividad constitucional, legal y los PLIEGOS DE CONDICIONES de la licitación referida. El acto administrativo de adjudicación se expidió luego de culminado el proceso licitatorio.

- La acción de tutela no es la vía legítima para controlar la legalidad de un proceso licitatorio, sino la Jurisdicción contencioso administrativa tal como lo prevé el Art. 87 del C.C.A.
- La propuesta presentada por la Sociedad Concesionaria de Occidente S.A. contenía los documentos exigidos, y adicionalmente en el folio 15 de su propuesta figura el original de la garantía bancaria otorgada por BANCOLOMBIA, por lo que el proponente no ocultó ninguna información relacionada con los pagos efectuados con ocasión de la licitación.
- El Instituto actuó de manera coherente y con la misma interpretación para efectos de valorar a otros proponentes que estuvieron en similar situación.
- La disposición del pliego que indicaba que la información echada de menos por los demandantes debía estar contenida en el anexo N° 6 debe ser analizada a la luz de los principios de la contratación estatal y de la actuación administrativa, que indican la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, especialmente en aquellos aspectos que no son necesarios para la comparación objetiva de las ofertas, además, que las reglas del pliego le impiden a la entidad estatal rechazar a un proponente por el mero hecho de que formalmente no relacionó una operación en un formato, cuando visto esta que si se reveló el pago de seriedad a través de la garantía bancaria aportada con la propuesta.
- El Instituto en ningún momento cambió su posición respecto del compromiso anticorrupción.
- Existen otros medios de defensa a los cuales pueden acudir en defensa de sus intereses, tales como la Acción de Nulidad y Restablecimiento, del Derecho (Art. 77 de la Ley 80 de 1993) o la Acción Contractual (Art. 87 del C.C.A.).
- Resultaría absurdo pretender por vía de tutela rehacer un proceso ya culminado, habida cuenta de que ya se tiene un contrato vigente y en ejecución.

IV. INTERVENCIÓN DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA DE OCCIDENTE.

La apoderada de la Sociedad CONCESIONARIA DE OCCIDENTE, respondió la demanda en los siguientes términos:

Señala que no es acertado el planteamiento jurídico esbozado por los demandantes

encaminado a demostrar que la tutela es el único medio judicial a su alcance para la protección de sus intereses, los cuales en ningún caso involucran la violación de un derecho fundamental y por ende, menos aún, podrían ameritar la procedencia de un fallo de tutela a fin de retrotraer a la fase de adjudicación el proceso licitatorio INCO - SGEA-003 de 2004.

Al respecto recuerda que la acción de tutela tiene como fin la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los términos del Decreto 2951 de 1991. En virtud de lo expuesto manifiesta, que dentro del proceso surtido, los accionantes no demostraron la existencia de la trasgresión de los derechos fundamentales del debido proceso y menos aún del principio de igualdad - alegados por ellos como vulnerados-, por lo que tampoco pueden sostener la existencia de un perjuicio irreparable emanado de tal violación que amerite la aplicación de la acción de tutela.

En cuanto al principio de igualdad, fue éste precisamente el trato otorgado por el INCO a todos los proponentes que no hubieren incluido la totalidad de los pagos hechos o por realizarse con ocasión de la licitación en el anexo No. 6 dando prelación a la revelación de los mismos dentro de la propuesta, como documento público e integrador de los requisitos exigidos en el Pliego.

No pueden por tanto alegar los tutelantes que con su propuesta se cumplió lo exigido por los Pliegos de Condiciones y que con ello, se les violó el derecho al debido proceso y a la igualdad, por cuanto no “puede el INCO como contratante ir más allá de la información consagrada por ellos en el Anexo 6 y conocer con exactitud si los pagos revelados por ellos en el citado documento son los únicos realizados. Así como la entidad presumió la revelación clara y expresa de un pago presente o futuro por parte de la unión temporal integrada por los tutelantes con el Anexo 6 y de su propuesta, así mismo presumió la revelación clara y expresa de los pagos presentes o futuros realizados por el entonces proponente Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. hoy el Concesionario, a través del Anexo 6 y de la propuesta.”

Contrario a lo afirmado por los accionantes, con ese proceder de la entidad demandada, ajustado al principio de economía en la contratación pública, es que el INCO dio

cumplimiento a los principios del debido proceso y de igualdad. Así las cosas, y al no existir debidamente probado dentro del proceso la violación de derechos fundamentales, debe negarse la tutela interpuesta.

V. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Por medio de proveído del 23 de agosto de 2004 el Juez Séptimo Penal del Circuito de la ciudad de Barranquilla, resolvió denegar el amparo deprecado por los Representantes Legales de la SOCIEDAD VIC LTDA Y VALORES Y CONTRATOS S.A. (VALOR CON S.A.).- Consideró el A-quo que la tutela no es la vía legítima para controlar la legalidad de un proceso licitatorio y menos del acto de adjudicación. Señaló que los tutelantes deben acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho, en aras de que se determine la supuesta violación del proceso licitatorio.

Asimismo, indica el juez de primera instancia, que no advierte amenaza o conculcación a derecho fundamental alguno que obligue al juez constitucional a actuar en procura de su protección. De manera sucinta el fallo de primer grado trae las siguientes consideraciones:

La Constitución Política dispone la procedencia de la acción de tutela contra los actos y omisiones de las autoridades públicas. 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.

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 aquellos, 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.

Para los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual solo procede la acción de controversias contractuales, salvo respecto del acto que declara desierta o adjudica la licitación que puede ser impugnado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 77 Ley 80 de 1993). En cuanto a la procedencia de la tutela en las operaciones

contractuales de la administración, la 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. (Sentencia T 147-98).

A su juicio, “el juez de tutela no puede declarar inexistente o inaplicar un acto administrativo y menos si este acto se halla en firme, solamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo goza de competencia de orden constitucional para suspender sus efectos o para decretar su inhabilidad a través del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.” Por las razones expuestas resuelve negar la demanda de tutela en primera instancia.

VI. LA IMPUGNACIÓN.

Inconformes con la decisión, los Representantes Legales de la SOCIEDAD VIC LTDA y VALORES Y CONTRATOS S.A. (VALORCON S.A.) impugnaron el anterior proveído manifestando que el proponente beneficiado con la adjudicación de la licitación no relacionó en el compromiso anticorrupción la expedición de la garantía bancaria por valor de \$75'400.000 en que había incurrido con ocasión de la expedición de la citada garantía, cuyo pago solo lo acreditó ante INCO con posterioridad al cierre de la licitación, como así lo acepta en el escrito que presentó a ese juzgado al expresar que “durante el proceso licitatorio y con anterioridad a la adjudicación, anexó -en aras de dar claridad a lo ocurrido- en su escrito de contraobservaciones- copia de la nota contable respectiva emitida por el Banco de Colombia en donde se evidencia el pago de la garantía”.

Afirman que al no rechazarse la propuesta por el INCO se exoneró al ganador de la obligación prevista en los pliegos referentes al compromiso anticorrupción, lo cual no ocurrió respecto de los demandantes, quienes sí tuvieron que cumplir ese compromiso anticorrupción, violándose de esta forma el derecho a la igualdad, además de haber incurrido en la vía de hecho a que hace referencia el escrito que dio origen a la tutela.

Sostienen que no pretenden que se adjudique en su favor la plurimencionada licitación, ni que se decrete la nulidad del acto de adjudicación ni mucho menos su suspensión, pues ello

en un problema que corresponde exclusivamente a la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo solicitado es que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la ocurrencia de la violación de tales derechos, ocurrido lo cual el INCO tendría que adjudicar la licitación a quien corresponde de conformidad con la ley y los pliegos de condiciones de la licitación, es decir, aquel que cumpla estrictamente con lo dispuesto en el pliego de la licitación.

VII. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por providencia del 29 de septiembre de 2004, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico, revocó el fallo de primera instancia tras considerar lo siguiente:

- La entidad triunfadora de la licitación no relacionó en el acápite del anexo 6 del pliego licitatorio (visible a folio 00291 de la carpeta de anexos No. 1), junto con el “Compromiso anticorrupción”, la real garantía prestada, que no fue la correspondiente a la compañía de seguros “Agrícola de Seguros Intermediario De Lima Mash”, sino que en realidad la garantía constituida fue de carácter bancario, como en efecto se relacionó o se aportó acompañando los pliegos, pero como quiera que no se relaciona realmente como gasto, costo, o pago realmente efectivo, en el rubro anticorrupción, se omitió así esa formalidad, y lo más importante, se omitió informar el pago de la comisión bancaria, por el derecho a tal garantía, o la suscripción de la misma que, como lo anota la parte accionante, constituye en sí mismo la violación de la formalidad que corrompe el debido proceso.

En efecto, “si se observa la relación visible a folio 00295 de la carpeta de anexos No. 1, relativa a la revelación de pagos efectivamente realizados por los proponentes triunfantes, se relacionan cuatro pagos fundamentalmente, a) Al Instituto Nacional de Concesiones, valor del pago: \$17.900.000.00, por concepto de compra del pliego de condiciones en la fecha marzo 26 de 2004; b) Agrícola de Seguros Intermediario De Lima Mash S.A., valor del pago \$13.577.800.00, por concepto Garantía de seriedad de la Oferta, mayo 13 de 2004; c) COLCORP S.A. por valor de \$10.000.000.00. estructuración Financiera, se afirma haber pagado \$5.000.000. y faltantes por pagar \$5.000.000.00 a la fecha del cierre de la licitación en mayo 14 de 2004; d) TRANVÍAS LTDA. valor del pago \$15.500.000.00., por concepto de estudio de tráfico, pagados \$10.000.000.00. y faltantes por pagar \$5.500.000.00 a la fecha de cierre de la licitación mayo 14 de 2004, siendo que en ese folio no aparece ninguna otra información, y a continuación aparece la hoja separatoria del tema siguiente, titulado ‘Copia

del Comprobante de Compra del Pliego' y con el número de folio 00296, pone de presente a la Sala que efectivamente es cierto que la información requerida como cumplimiento del compromiso anticorrupción, se omitió en parte o se presentó errada e incompleta, puesto que se relacionó como se viene observando un pago por un valor inferior a la entidad de seguros allí citada que en realidad no se realizó, y se omitió el pago efectivo al banco de Colombia, por la comisión de la garantía de seriedad de la propuesta No. 554500679, cuya copia aparece a folio 15 de esa misma carpeta de anexos. En conclusión, de acuerdo con lo que viene comprobado, se le está ofreciendo certeza a la Sala, de la omisión referenciada y/o del incumplimiento en efecto del compromiso anticorrupción".

Para el juzgador de segunda instancia, aparece de bulto que "antes que una controversia legal o de orden litigioso, se trata de un aspecto esencialmente constitucional de afectación del derecho fundamental al debido proceso." Agrega además que "la decisión de la controversia planteada ante la jurisdicción contencioso administrativa le llevaría bastante tiempo, entre otras razones por la notoria congestión de procesos que afronta, lo que ha dado lugar a la existencia de magistrados de descongestión. Más aún, la existencia de la suspensión provisional (medida a la que necesariamente tendrán que recurrir los accionantes) correría la misma suerte frente a la necesidad de adoptar medidas inminentes que se compadezcan con la urgencia de la parte accionante en evitar la ocurrencia del perjuicio cierto derivado de la gravedad de los hechos."

Ante la existencia de un perjuicio irremediable lesivo del derecho fundamental al debido proceso, el Tribunal del Atlántico revocó el fallo impugnado y concedió la tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar este tipo de perjuicio, para cuyo restablecimiento ordenó al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de su sentencia suspendiera en sus efectos la Resolución No. 000661, que adjudica la licitación y como consecuencia de lo anterior la ejecución del contrato, si ya se hubiese suscrito, sin perjuicio de que por vía administrativa se corrija la vulneración al debido proceso que se protege.

El fallo puso en conocimiento de las partes que la orden impartida para el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado permanecería vigente hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa decidiera sobre la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho del acto administrativo, siempre y cuando la demanda de rigor se presente dentro

del término legal previsto para ello. Aclaró que el término de cuatro meses dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, en modo alguno revive términos de caducidad.

VIII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Las controversias contractuales administrativas son ajenas a la competencia del juez de tutela. El caso concreto.

Los accionantes le atribuyen al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad en razón de no haber rechazado la propuesta registrada por la entonces PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A. (hoy CONCESIONARIA OCCIDENTE S.A.) dentro del proceso de Licitación Pública INCO-SGEA-003 de 2004, la cual no cumplía con el requisito dispuesto en el pliego de condiciones, concretamente lo relativo al compromiso anticorrupción, pues a su juicio se faltó a la verdad al no relacionar en el formato del compromiso anticorrupción los gastos en los que había incurrido con ocasión de la garantía bancaria otorgada.

Por su parte, tanto la entidad demanda (INCO) como la sociedad a la que le fue adjudicada la Licitación Pública INCO-SGEA-003 de 2004, afirman que tal circunstancia no pasa de ser una mera irregularidad formal más no de fondo, siendo lo relevante el que la Concesionaria de Occidente no ocultara la toma de dicha garantía y el valor de la misma.

La sentencia de primera instancia niega el amparo solicitado aduciendo que existe otra vía para la resolución de esta controversia y no se avizora ningún perjuicio irremediable para los accionantes. El fallo de segundo grado revoca tal determinación, concede la tutela por violación del debido proceso y el derecho a la igualdad y ordena que se suspenda la

ejecución del contrato.

A la luz de lo acontecido, corresponde determinar en este fallo: i) Si existe otro medio de defensa judicial para ventilar el problema jurídico propuesto en la demanda y ii) si los cargos alegados por los accionantes propician un juicio constitucional por parte del juez de tutela.

Sea lo primero señalar que la competencia establecida para los jueces de tutela se encuentra específicamente delimitada dentro del orden constitucional. Así, la Carta Política en su artículo 86, garantiza mediante la acción de tutela la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, en forma inmediata y directa, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados con la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares en los casos legalmente señalados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, dentro del ordenamiento jurídico.

Se entiende pues, que la acción de tutela esta regida por el principio de residualidad de cuya vigencia se exceptúan dos situaciones, a saber: la existencia de un medio defensa judicial que carezca de idoneidad o eficacia para cumplir con ese propósito de protección y la configuración de un perjuicio irremediable, que dé lugar al amparo constitucional en su modalidad transitoria.

Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato¹, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal. La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental² y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

Escapa así al conocimiento en sede de tutela, el examen del contenido de la mayoría de los

actos administrativos que se produzcan con motivo de la ejecución de un contrato estatal³, puesto que para ello cuentan, primero, con la vía gubernativa, a través del recurso de reposición y, luego, con la vía contenciosa, mediante la interposición de la acción contractual, por disposición del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, ante la jurisdicción contencioso administrativa, según el artículo 75 de la misma ley.

3. Inexistencia de violación constitucional alguna.

La ocurrencia de una vía de hecho, la violación al principio de igualdad y del debido proceso son las violaciones constitucionales que aducen los accionantes frente al procedimiento empleado por INCO al adjudicar la licitación SGEA- 003-2004. El análisis de cada uno de estos cargos, arroja el siguiente estudio:

Sostiene la demanda que el INCO incurrió en vía de hecho cuando (i) en lugar de cumplir las normas que él mismo había consagrado en su pliego de condiciones, las desconoció abiertamente; (ii) e ignoró sus propias normas en el momento en que se apartó de ellas con el predeterminado fin de permitir que el proponente Concesionaria de Occidente, en contra de lo establecido en los pliegos, no quedara en causal de rechazo de su propuesta, como en efecto ocurrió.

Como se ha dejado anotado en los antecedentes de esta providencia, la queja con entidad constitucional formulada por los accionantes se circunscribe al alcance e interpretación del numeral 1.1.1. del pliego de condiciones, específicamente en lo que tiene que ver con el compromiso anticorrupción suscrito voluntariamente por los proponentes. A juzgar por lo dicho en la demanda, INCO no debió adjudicar la licitación a la Concesionaria de Occidente S.A. por cuanto ese proponente incumplió el compromiso anticorrupción y se colocó en causal de rechazo de la propuesta, lo que genera una violación del debido proceso, igualdad y una clara vía de hecho.

Los llamados “compromisos anticorrupción” obedecen a un género de convenios más amplios denominados “Pactos de Integridad”, entendidos como acuerdos voluntarios, suscritos entre los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad, la probidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida. Su principal objetivo es promover la construcción y suscripción de compromisos éticos por parte de todos los involucrados en las respectivas

contrataciones y sirven como instrumento de confianza en los procesos para prevenir actos de corrupción. En algunas ocasiones han servido para rendir cuentas a la opinión pública cuando se han generado dudas o preocupaciones sobre la transparencia de algunos procesos licitatorios. El imperativo de acordar tales pactos éticos, se ha implementado desde hace pocos años y busca, se repite, evitar prácticas fraudulentas que intenten obtener algún beneficio ilegítimo de la adjudicación de un proceso licitatorio.

A lo que interesa en esta argumentación, el citado numeral 1.1.1 del Pliego de Condiciones, dijo así:

“1.1 COMPROMISO ANTICORRUPCION

“1.1.1. Compromisos asumidos por el Proponente

“El Proponente apoyará la acción del Estado Colombiano y del INCO para fortalecer la transparencia y la responsabilidad de rendir cuentas, y en este contexto deberá asumir explícitamente los siguientes compromisos, sin perjuicio de su obligación de cumplir la ley colombiana.

“1. El Proponente se compromete a no ofrecer ni dar sobornos ni ninguna otra forma de halago o dádiva a ningún funcionario público en relación con su Propuesta, con el proceso de Licitación o de contratación, ni con la ejecución del Contrato que pueda celebrarse como resultado de su Propuesta. Igualmente, el Proponente se compromete a no permitir que nadie, bien sea empleado de la compañía o un agente comisionista independiente lo haga en su nombre.

“2. El Proponente se compromete formalmente a impartir instrucciones a todos sus empleados y agentes y a cualesquiera otros representantes suyos, exigiéndoles el cumplimiento en todo momento de las leyes de la República de Colombia, y especialmente de aquellas que rigen la presente Licitación y la relación contractual que podría derivarse de ella, y les impondrá la obligación de no ofrecer o pagar sobornos o cualquier halago corrupto (entendido como cualquier acción u ofrecimiento que tenga como fin sobornar, pervertir o viciar el proceso), a los funcionarios del INCO ni a cualquier otro funcionario público o privado que pueda influir en la Adjudicación de su Propuesta, bien sea directa o indirectamente, ni a terceras personas que por su influencia sobre funcionarios públicos, puedan influir sobre la

Adjudicación de la Propuesta, ni de ofrecer pagos o halagos a los funcionarios del INCO durante el desarrollo del Contrato de Concesión que se suscribiría de ser elegida su Propuesta.

“3. El Proponente se compromete a revelar de manera clara y en forma total en su Propuesta, siguiendo el Anexo 6 (compromiso anticorrupción), los nombres de todos los beneficiarios reales de los pagos suyos o efectuados en su nombre, relacionados por cualquier concepto con la Licitación, incluyendo tanto los pagos ordinarios ya realizados y por realizar, como los que se proponga hacer si su Propuesta resulta favorecida, e incluyendo también los pagos de bonificaciones o sumas adicionales al salario ordinario que puedan hacerse a sus propios empleados o a empleados de otras empresas cualquiera que estas sean, independientemente de que tengan carácter público o privado.

“4. El Proponente se compromete formalmente a no efectuar acuerdos o realizar actos o conductas que tengan por objeto la colusión en la Licitación, o como efecto la distribución de la Adjudicación de contratos entre los cuales se encuentre el de Concesión que es materia del presente Pliego, o la fijación de los términos de la Propuesta.

“El compromiso que según el presente numeral debe contraer el Proponente, deberá hacerse constar en una carta de compromiso y se contraerá bajo la gravedad de juramento, el que se entiende prestado por la sola suscripción del Anexo 6 del presente Pliego de Condiciones.

“El incumplimiento de los anteriores compromisos no estará cubierto por la Garantía de Seriedad de la Propuesta ni por la Garantía Única de Cumplimiento.

“1.11.2 Incumplimiento de los compromisos

“Si se comprobare el incumplimiento del Proponente, sus representantes o sus empleados o agentes, de los compromisos antes enunciados durante el proceso de Licitación, se rechazará la Propuesta presentada. En caso de que INCO advierta hechos constitutivos de corrupción de parte del Proponente durante el proceso de selección, tales hechos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades competentes, a fin de que se inicien las acciones legales a que hubiere lugar.

“Para efectos de la comprobación a que se refieren los párrafos anteriores, se entenderá

como una de las formas de incumplimiento, la no revelación clara y suficiente de cualquiera de los pagos a que se refiere el subnumeral 3 del numeral 1 .11 .1 anterior, independientemente de cualquier otra circunstancia, o del destino lícito o ilícito de los dineros correspondientes. Para llevar a cabo tal verificación el INCO o cualquier autoridad competente podrá requerir la información y/o los comprobantes que considere pertinentes.

“Sin embargo, se entenderá que esta causal de incumplimiento no operará por sí misma cuando la suma de los pagos lícitos no revelados sea inferior a un valor total de cinco mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5.000.00). Tampoco operará cuando se efectúen pagos que por cualquier razón no estaban previstos originalmente, siempre que dichos pagos sean avisados al INCO, por lo menos con tres (3) Días Hábiles de anticipación a la fecha en que se realicen, mediante documento escrito”.

En ese orden, el compromiso anticorrupción para la licitación pública INCO-SGEA- 003-2004, tenía objetivos muy precisos señalados de manera expresa por el Instituto Nacional de Concesiones, INCO: 1. Buscaba que los proponentes se comprometieran a no otorgar dineros, o cualquier otra dádiva para resultar favorecidos en el proceso de adjudicación; 2. Perseguía que el proponente o quienes lo integraren transmitieran a sus funcionarios y terceros, la obligación del cumplimiento del compromiso anticorrupción y a su vez, que éstos tampoco incurrieren en prácticas fraudulentas en todo el íter licitatorio. 3. Buscaba que los oferentes revelasen de manera clara y expresa los pagos efectuados con ocasión de la licitación pública, fueren ellos lícitos o ilícitos, y para ello se facilitó el anexo 6. y 4. Pretendía lograr el compromiso de no efectuar acuerdos que tuvieran como finalidad la colusión de la licitación y como efecto la adjudicación del contrato de concesión a un proponente que no hubiere cumplido con los requisitos exigidos por la entidad.

Lo que significa que para estar en actitud de incumplir el compromiso anticorrupción era menester la demostración de algunas de las siguientes conductas: 1. Alteración por acción u omisión de su razón de ser y significado; 2. Que se tratara de conductas que revelaran realmente una intención corrupta que atentase de manera directa contra la transparencia del proceso de contratación; 3. Que las conductas que se reprocharen como sospechosas o violatorias de la ética de un proceso licitatorio no se limitaran únicamente a la falta de diligenciamiento de un requisito formal, si no que apuntaran al núcleo mismo del proceso que se pretenda preservar de actitudes que afecten la seriedad de los contratantes y la

integridad del proceso.

Ahora bien, la tacha de la demanda no radica en el incumplimiento del compromiso anticorrupción mirado desde sus intenciones y fines, sino en la aceptación por parte de INCO de la indebida elaboración de un anexo contentivo del compromiso anticorrupción por parte de un proponente que indicó anexar una póliza de seguros y finalmente presentó garantía bancaria. En efecto en el folio 295 de la propuesta de Concesionaria de Occidente aparece relacionado un pago a favor de AGRICOLA DE SEGURO E INTERMEDIARIO DELIMA MASH S.A., por valor de \$13.577.800, por concepto de garantía de seriedad de la oferta y con fecha del 13 de mayo de 2004. No obstante esto, en el folio 15 de esa propuesta y según se pudo verificar al momento del cierre, este proponente presentó garantía bancaria de Bancolombia. Esta situación fue observada por los tutelantes durante el proceso de contraobservaciones y la Sociedad Concesionaria de Occidente, adjudicataria final del contrato, sostuvo:

... “resulta del caso aclarar que el pago que aparece revelado a nombre de agrícola de seguros obedece al hecho de que inicialmente se solicitó la expedición de una póliza con dicha compañía, pero habida cuenta de los condicionamientos y exclusiones que la misma adolecía, se optó por presentar una garantía bancaria libre de todo condicionamiento, tal como lo exigen los pliegos de condiciones”.

“...toda vez que en el momento de presentación de la propuesta, no se tenía certeza sobre la obligación o no de efectuar el pago a Agrícola de Seguros, toda vez que la póliza había sido efectivamente expedida, se decidió incluir en el formado de revelación de pagos, precisamente porque no tenía relación con ningún otro documento contenido en la propuesta”.

El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, por su parte valoró en su momento esta circunstancia y concluyó, que la propuesta de la Concesionaria de Occidente cumplía con las condiciones de elegibilidad. Tal justificación fue diligenciada en los siguientes términos, según consta en el respectivo informe que se allegó al expediente:

“3.7.2.2. Observaciones presentadas por el Proponente UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN VIAL VIAL MATECAÑA sobre la propuesta del Proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.

“Solicitó este proponente al INCO verificar si la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. había presentado con su propuesta el recibo de pago de la Garantía de Seriedad de Oferta, así como que si no lo había hecho, se abstuviera de considerar tal propuesta como válida. También solicitó el rechazo de la oferta, aduciendo que la referida promesa se sociedad futura habría incurrido en inexactitudes al diligenciar el formato de revelación de pagos podrían conducir al incumplimiento del compromiso anticorrupción por parte de este proponente.

“El Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. se opuso a las pretensiones de la Unión Temporal Matecaña y pidió al INCO que las mismas fueran desestimadas, para lo que presentó diversos argumentos, los cuales se resumen a continuación:

* El subnumeral 3 del numeral 4.2.1. del Pliego se refiere al recibo de pago de la Garantía de Seriedad que haya sido expedida por una compañía de seguros, esto es la que conste en una póliza, y no aquella que conste en una garantía bancaria, como es el caso de la presentada por la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. En consecuencia, no existe una disposición emanada del Pliego de Condiciones que señale la obligatoriedad para los proponentes de presentar el recibo de pago de la Garantía de Seriedad de la Propuesta expedida mediante una garantía bancaria.

* La costumbre mercantil imperante es que los establecimientos bancarios están de manera previa expresamente facultados por sus clientes para debitar de sus cuentas, en forma automática, el valor de todas las transacciones que ellos adelantes y que impliquen un cargo a favor de la entidad bancaria. Para el caso de la garantía presentada con la propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A., Bancolombia debitó automáticamente el valor de la misma, por lo que, con su simple expedición y presentación se entiende que el valor correspondiente a la garantía ha sido cancelado, sin que se emita cuenta de cobro o recibo alguno por parte del banco, sino posteriormente una nota débito en

la que consta el cargo contra la respectiva cuenta bancaria. Por tanto, ante la inexistencia del mismo, y tal como los mismos Pliegos lo prevén, no era procedente la presentación de un recibo de pago. No obstante, el Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesionaria de Occidente S.A. adjunto a su escrito de fecha 2 de julio de 2004, una fotocopia simple de la nota débito en la que obra el pago de la comisión por la expedición de la garantía bancaria.

* El diligenciamiento del formato de revelación de pagos tiene por objeto servir de herramienta al INCO para conocer y adelantar el seguimiento pertinente a los pagos que, por su naturaleza, no se encuentran revelados por cualquier otro medio en la propuesta. Bajo este entendido, la información de dicho formato debe ser aquella que tiene que ver con asuntos que van mas allá de los requisitos mínimos con los que tiene que cumplir un proponente para presentar su propuesta, los cuales, sin dicho formato, sería de imposible o por lo menos de más difícil conocimiento para el INCO. En ese orden de ideas, el hecho de que no obren en tal formato los pagos que emanen de las exigencias del pliego, dentro de los que se encuentran aquellos derivados de la expedición de la garantía de seriedad de la propuesta y de la compra de los pliegos de la licitación, no constituye per se un incumplimiento del compromiso anticorrupción contraído por el proponente, ya que la ocurrencia de los mismos era obvia desde el inicio del proceso licitatorio. (negrilas fuera del texto original).

“El INCO considera que asiste razón al proponente promesa de sociedad futura concesionaria de occidente S.A. en los argumentos por él planteados, y que teniendo adicionalmente en cuenta lo establecido en el numeral 3.2.2.2 de este documento en relación con el incumplimiento del compromiso anticorrupción , no resultan de recibo las solicitudes de la Unión temporal Concesión Vial Matecaña”.

Merece citarse igualmente que los ahora tutelantes hicieron también la misma observación en torno a la manera de suscribir los compromisos anticorrupción de otros proponentes e INCO razonó de manera análoga destacando:

“Por otra parte, se debe mencionar que el Proponente Unión Temporal Concesión Vial Matecaña también solicitó al INCO no aceptar como válida y, en consecuencia, rechazar la

propuesta del Proponente Proyectos de Infraestructura S.A. - PISA, aduciendo este último incumplió el compromiso anticorrupción regulado en el numeral 1.11 del Pliego, al no haber incluido en el formulario presentado a folio 171 de su propuesta, los pagos realizados por compra de Pliegos y por constitución de la Garantía de Seriedad de la Oferta presentada por el mismo”.

“Dentro de la oportunidad prevista en el Pliego para el efecto, el Proponente Proyectos de Infraestructura S.A. - PISA manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con el Pliego de Condiciones, el propósito del Anexo 6, es que el proponente revele a la entidad los pagos superiores a la suma de cinco mil dólares (US\$5,000.00). En concordancia con lo anterior, resultaría una redundancia que no obstante haberse incluido con la propuesta la certificación de pago de la póliza en la cual consta el valor (folio 22), así como el recibo pago del Pliego de Condiciones (folio 174), el Proponente debiera nuevamente relacionar dichos pagos. Nos apartamos respetuosamente de la ligera interpretación del proponente No. 3, considerando que estos pagos de hecho se encuentran revelados al INCO, con la certificación expedida por la aseguradora y el comprobante de pago del Pliego de Condiciones”

“Encuentra razón el INCO en la argumentación realizada por el Proponente proyectos de Infraestructura S.A - Pisa-puesto que considera que el propósito del formato de revelación de pagos que debían diligenciar y presentar los proponentes, era precisamente poner en conocimiento del INCO los nombres de todos los beneficiarios reales de los pagos suyos efectuados en su nombre, relacionados por cualquier concepto con la licitación, incluyendo tanto los pagos ordinarios ya realizados y por realizar, como lo que éstos se propusieran realizar si su propuesta resultara favorecida.

“Así las cosas, los argumentos con fundamento en los cuales el proponente unión temporal concesión vial matecaña cuestiona y ataca la elegibilidad del proponente proyecto de infraestructura S.A. Pisa no resultan de recibo, toda vez que el INCO tuvo pleno conocimiento sobre los pagos realizados por el mismo por concepto de la constitución de la garantía de seriedad de la oferta presentada y de la compra de pliegos, máxime si se tiene en cuenta que la información sobre este último reposaba en la entidad desde el momento mismo de la adquisición de los pliegos”.

Se colige de lo expuesto, que si bien es cierto que dentro del formato de compromiso anticorrupción (anexo 6) no se relacionó la garantía bancaria otorgada por Bancolombia por un valor de \$ 75´400.000, no es menos cierto que la misma sí fue anexada a la propuesta realizada por la Concesionaria de Occidente, por lo que no puede alegarse que haya existido intención de ocultar un gasto, ni de abstenerse de presentar la garantía requerida. La interpretación que realizan los accionantes, no se acompasa con la que debe hacerse de un pliego de condiciones y de sus anexos, que exige una visión de conjunto, una interpretación teleológica de las disposiciones que la integran, tal como lo ha entendido la jurisprudencia al sostener que en cuanto a la posibilidad de interpretar las disposiciones de los pliegos “el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teleológico a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás.”⁴

Es así como las pruebas aportadas al proceso licitatorio le impedían a la entidad accionada rechazar a un proponente por el hecho de que formalmente no había reportado una información dentro del formato No. 6 o del que fuera, cuando dentro de la misma propuesta y con documentos válida y oportunamente entregados dentro del proceso, se podía obtener la información que se buscaba a través de las disposiciones del pliego relacionadas con el compromiso anticorrupción, acuerdo ético que no sólo se limitaba a demostrar y revelar los pagos hechos o por hacer con ocasión de la licitación, sino que apuntaba precisamente a que la entidad contratante entendiera que no existía asomo ni sospecha de corrupción alguna.

Cabe concluir entonces que el argumento que sustenta la posible vía de hecho en cabeza de INCO dista mucho de constituir una vía de hecho o una vulneración de los derechos fundamentales de las sociedades accionantes. Es evidente que el conflicto planteado surge como consecuencia de la inconformidad de los accionantes con el acto final de adjudicación de un contrato, lo que no es posible calificar como una vía de hecho en tanto toda la valoración realizada por INCO en tal proceso y en especial, el acto finalmente reprochado a la entidad demandada como es el de adjudicación, no puede ser señalado como irrazonable ni desborda en modo alguno el orden constitucional, razón por la que es preciso afirmar que no existe un problema susceptible de ser resuelto en sede de tutela. Sobre la imposibilidad de edificar una tesis sobre la ocurrencia de una vía de hecho con base en circunstancias como las anotadas la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado lo siguiente:

“La Corte debe reiterar que, en principio, el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa - la suya-, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una vía de hecho.

“La vía de hecho -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de Derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela”⁵ (Subraya fuera de texto).

Del mismo modo se ha señalado:

“...cuando la decisión está sustentada en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o de la interpretación de las normas aplicables, no podría ser discutido por la vía de la acción de tutela...”⁶

“Inclusive en el caso de posibles transgresiones al debido proceso, que pudieran llegar a entenderse como constitutivas de vía de hecho, no es procedente la tutela si el afectado cuenta con un medio judicial ordinario con suficiente eficacia para la protección inmediata y plena de sus derechos....”⁷

Se desecha la ocurrencia de una vía de hecho, pues mientras no se advierta por el juez constitucional que la adjudicación de un contrato provenga de una actuación caprichosa de la administración que represente una evidente ruptura con el orden legal y constitucional, no procede orden alguna para suspender dicho efecto en sede de tutela, se reitera pues que una decisión administrativa no puede ser calificada como vía de hecho, hasta tanto no se identifique una actuación arbitraria que la preceda.

Tampoco existió violación del derecho a la igualdad ni al debido proceso administrativo. Las

razones son las siguientes:

Los accionantes hacen consistir la violación del derecho a la igualdad en el hecho de que el INCO rompió, sin razón alguna que lo justificara, la igualdad que debiera existir entre todos los proponentes de la licitación pública No. INCO SGEA-003 de 2.004, pues al tiempo en que le exigió a todos ellos, con excepción de Concesionaria de Occidente, que cumplieran los pliegos de condiciones, en especial en lo referente al compromiso anticorrupción, liberó a este último de su obligación de cumplir las indicaciones del pliego, específicamente al incurrir en error al omitir los pagos. En virtud de lo expuesto, los demandantes han buscado demostrar la existencia de una violación al debido proceso y al derecho a la igualdad por parte del INCO dentro del proceso licitatorio, que conllevó a que la adjudicación les fuere negada y por ende, otorgada a la Concesionaria de Occidente S.A., violación que a su juicio sólo puede ser subsanada a través de la acción de tutela retrotrayéndose los resultados de la licitación.

Según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe (CP art 83), pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.

El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica así mismo que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal (CP art.150 in fine) establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de las propuestas y evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier

proponente, sin entrar a predeterminar, claro está, al sujeto -persona natural o jurídica- con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato.

En relación con el principio de igualdad entre los proponentes el Consejo de Estado ha sentado la siguiente doctrina que prohija la Corte dada su importancia para la solución del caso que se analiza:

“El derecho de igualdad entre los oferentes

“Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración esta obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores.

“Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:’1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.’2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.

“Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son:’1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”⁸

“En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: ‘La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de ‘igualdad’. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella. Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘conurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.’”⁹¹⁰

A la luz de la jurisprudencia anterior, puede concluirse que en el presente caso no existió violación del derecho a la igualdad, por cuanto está demostrado que todos los proponentes que concurrieron a la licitación INCO SGEA- 003 de 2004, incluyendo obviamente a la Sociedad Concesionaria de Occidente S.A. tuvieron igualdad de oportunidades e idénticas condiciones para preparar sus ofertas y actuar dentro del proceso.

Se demostró en el proceso que la entidad contratante agotó la totalidad del procedimiento licitatorio y más aún, dio debida aplicación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad que deben respaldar la totalidad de las actuaciones administrativas contractuales. No puede otra cosa inferirse de un acto administrativo que goza de una presunción de legalidad que sólo puede ser desvirtuada a través de las acciones legales pertinentes.

La adjudicación realizada por el INCO a la sociedad Concesionaria de Occidente fue llevada a cabo con un total y completo apego a las disposiciones del Pliego de Condiciones, marco de negociación de público conocimiento para todos los intervinientes y que se plasmaron en un informe de evaluación que gozó del derecho de ser controvertido como así lo ordena el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y que más aún, fue el mismo Pliego de Condiciones quien otorgó dos (2) instancias adicionales a éste informe como lo fueron el período de contraobservaciones y la intervención pública en la audiencia de adjudicación de manera previa al pronunciamiento de la entidad por parte de todos los proponentes para manifestar

su concepto sobre el informe de evaluación.

Repara la Corte en que precisamente en la misma audiencia de adjudicación, celebrada el 16 de julio de 2004, se puso en conocimiento de los asistentes el informe definitivo de evaluación de las ofertas y antes de la apertura del sobre número dos (2), el cual contenía las propuestas económicas que determinarían la elegibilidad, se les dio la oportunidad a todos los proponentes en igualdad de condiciones para que manifestaran lo que a bien tuvieran sobre lo resuelto, manifestando los accionantes que no tenían ningún comentario adicional sobre la evaluación final.

En consecuencia, advierte la Sala que la intención de los accionantes, más que buscar la protección de un derecho fundamental como es el del debido proceso y el de la igualdad, es obtener que se suspenda la ejecución del Contrato de Concesión GG-046-2004 celebrado el 2 de agosto de 2004 y que se omita la totalidad de la actuación surtida por el INCO, para que se proceda a “adjudicar la licitación a quien corresponda de conformidad con la ley y los pliegos de condiciones de la licitación”: situación que de acuerdo con el informe de evaluación proferido por el INCO, inevitablemente implicaría la adjudicación del proyecto vial Pereira - La Victoria a favor de la Unión temporal integrada por los accionantes, ya que ellos fueron los segundos en orden de elegibilidad por tener el siguiente precio más bajo para el ingreso esperado después de Concesionaria de Occidente S.A. Sin embargo, de todo lo dicho ya emerge con claridad que un pronunciamiento del juez de tutela en torno al acto de adjudicación en los términos solicitados por los accionantes implicarían su revocatoria.

En punto a la existencia de un perjuicio irremediable, valga anotar que no se explica la Corte cómo la circunstancia de haber adjudicado el contrato a la entidad que finalmente resultó favorecida constituye por sí sola una consideración que explique el supuesto perjuicio irremediable y la procedencia del amparo como mecanismo transitorio, tal como lo sostuvo el fallador de segunda instancia.

Si se analizan los argumentos presentados por la sentencia de segunda instancia que se revisa, es necesario responder a ellos afirmando que el hecho de que la jurisdicción contencioso administrativa tarde demasiado en resolver los aspectos de legalidad pendientes de ser dilucidados, no es fundamento suficiente de la procedibilidad del amparo, en tanto la idoneidad y eficacia de un mecanismo judicial no se mide exclusivamente por la celeridad o

inmediatez con que pueda resolver el asunto planteado -ya que si así fuera la tutela sería el único mecanismo con tal carácter- sino, también, y quizá de manera primordial, en la aptitud de garantizar una solución precisa al conflicto. Sobre este punto se advierte además que el mecanismo de la suspensión provisional del acto administrativo, al igual que la tutela, se caracteriza porque debe resolverse mediante un trámite expedito, tal como lo dispone el Código Contencioso Administrativo.¹¹

Acceder a las intenciones de los demandantes es invalidar la totalidad de un proceso licitatorio que se ajustó a derecho y buscar así la realización de una nueva adjudicación a favor de los tutelantes sin haberse agotado ninguna de las acciones consagradas en la Ley 80 de 1993 y el Código Contencioso Administrativo, todas encaminadas a declarar la nulidad de los actos administrativos de adjudicación y más aún del Contrato de Concesión y desconociendo por completo el obrar de la administración como entera responsable de un proceso de licitación.

De manera que sin que se comprueben las circunstancias anotadas la simple adversidad que comporta la decisión administrativa para las sociedades accionantes no puede ser calificada como perjuicio con carácter irremediable, menos aún si se tiene en cuenta que el acto del cual derivan su inconformidad estuvo amparado de un proceso licitatorio que gozó de todas las garantías de defensa y contradicción para las partes. Así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional al advertir que:

“Repugna al orden jurídico y a los principios del derecho administrativo y del derecho constitucional, que el ejercicio de la atribución por los funcionarios administrativos para decidir esos recursos pueda con antelación considerarse por el juez de tutela como una amenaza, pues se repite, el ejercicio de la función administrativa por si solo no constituye amenaza de vulneración de ningún derecho. Al contrario, lo que el Estado presume no es la arbitrariedad ni el abuso de sus funcionarios, sino la legalidad y el acierto en sus decisiones”¹²

Por las razones expuestas, reprocha la Corte el proceder del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico que cohonesta con su fallo una situación irregular desde el punto de vista de las competencias asignadas al juez de tutela y propicia por esta vía que se retrotraiga un proceso que ya culminó con la adjudicación del contrato, y se paralice una

obra de alto interés nacional por la orden de un juez de tutela. Deberá revocarse la sentencia de segunda instancia, para dejar vigente el fallo de primer grado que negó las pretensiones de los tutelantes en tanto no es la tutela el escenario idóneo para tramitar esta controversia de estricto carácter contractual.

IX. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de septiembre 29 de 2004, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. En su lugar, CONFIRMAR la sentencia de 23 de agosto de 2004 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla.

Segundo. Por Secretaria General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Vid. Sentencias T-605 y T-613 de 1995, T-307 y T-340 de 1997, T- 643 de 1998, y T-1386 de 2000, entre muchas otras.

2 Como lo demostró la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU- 219 de 2003.

3 Salvo en los casos de los actos de calificación y clasificación de proponentes, adjudicación y declaratoria de desierta de la licitación, los cuales son impugnables por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Vid. Sentencia (expediente T-83897, abril 17 de 1996)

4 Sentencia de mayo 7 de 1993 Sección Tercera, Consejo de Estado M.P. Juan de Dios Montes.

5 Sentencia T-01 de 1999

6 Sentencia T-121 de 1999.

7 Sentencia SU-087 de 1999.

8 ob. Cit. Pág. 137.

10 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001).Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

11 Cfr. entre otras la sentencia T-504 de 2000.

12 Sentencia T-1483 de 2000