

Sentencia T-373/07

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual

ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos para que se configure

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias contractuales/ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias en un pliego de condiciones

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PRECONTRACTUALES-Procedencia excepcional por ocasionar perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para resolver controversias en un pliego de condiciones ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable

PLIEGO DE CONDICIONES-Corresponde a un acto administrativo general

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PRECONTRACTUALES-Improcedencia por no demostración de perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no ejercicio oportuno de mecanismos de defensa judicial

Referencia: expediente T-1535128

Acción de tutela instaurada por Maria Claudia Glaser Urbina contra el Instituto Nacional De Vías - Invías.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil siete (2007).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados el 30 de noviembre de 2006 y el 19 de diciembre de 2006 por el Juzgado Primero de Menores de Distrito Judicial de Bogotá D.C. y la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., respectivamente, que resolvieron la acción de tutela instaurada por MARIA CLAUDIA GLASER URBINA contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS

I. ANTECEDENTES

La acción de tutela interpuesta

MARIA CLAUDIA GLASER URBINA, Ingeniera, mayor de edad y residente en la ciudad de Bogotá, interpuso acción de tutela con el objeto de lograr la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, e igualdad, que considera vulnerados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVIAS), dentro del proceso licitatorio SMF- 328-2006. Los hechos que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela se resumen como sigue:

1. Mediante la Resolución No. 004779 de agosto 15 de 2006 el Instituto Nacional de Vías-INVIAS dispuso la apertura de la Licitación Pública No. SMF- 328-2006 cuyo objeto es el dragado de profundización del Canal de Acceso al Puerto de Buenaventura. La entidad señaló como fecha de inicio para tal efecto el día 28 de Agosto del presente año y como fecha de cierre el 2 de octubre del mismo mes y año.
2. Dentro del proceso se publicó el pliego de condiciones, en el cual se determinaron las condiciones y requisitos que debían reunir los interesados en el mencionado proyecto licitatorio para su participación. En dicho pliego se especificaron los factores fundamentales del proyecto a contratar. Dicho pliego incluye además el anexo técnico, elemento que es parte esencial del mismo y en el cual se disponen los lineamientos técnicos que constituyen

sustento del proyecto. En dicho pliego se especificó, adicionalmente, el presupuesto y los volúmenes a dragar, diferenciando la metodología para cada sector y la especificidad de sus condiciones técnicas, profundidades existentes y a dragar, calidad de los materiales a extraer, las especificaciones técnicas de la obra a realizar, el equipo y la maquinaria necesaria y demás requisitos.

3. Afirma que en múltiples oportunidades INVIAS modificó sustancialmente el pliego de condiciones. En efecto, dicho pliego fue modificado mediante Adendo No. 1 de septiembre 29 de 2006. Posteriormente, fue modificado mediante Adendo No. 2 del 12 de octubre de 2006. Mediante resolución 06086 del 12 de octubre de 2006, el INVIAS fijó el diez por ciento (10%) del presupuesto oficial, la garantía de seriedad de la propuesta para la licitación. Una vez más, el pliego de condiciones fue modificado mediante Adendo No. 3 del 13 de octubre de 2006. Así mismo, mediante resolución No.007176 del 18 de octubre de 2006, se suspende la licitación SMF 328 de 2006. Nuevamente, el pliego de condiciones fue modificado mediante Adendo No. 4 del 18 de octubre de 2006. Mediante resolución No. 7525 del 1 de noviembre de 2006, el INVIAS levanta la suspensión de la licitación pública. Finalmente el pliego de condiciones fue modificado mediante Adendo No. 5 del 1º de noviembre de 2006, un día antes del cierre del proceso licitatorio, que se realizó el 3 de noviembre del citado año.

4. En su criterio, con la constante, repentina y sustancial modificación de los pliegos, INVIAS “varió el andamiaje esencial del proyecto licitatorio SMF-328/06 hasta el extremo de que el proyecto inicial fue sustancialmente modificado, pues el objeto contractual difiere sustancialmente del inicial, hecho que se nota al observar los adendos modificatorios proferidos por la entidad estatal, pues están animados de un componente arbitrario, inventivo e improvisado, con ausencia de seriedad, y de unas variantes por demás caprichosas, injustificadas e ilegales, aumentando con ello la inequidad y la inseguridad jurídica y técnica, en relación con las primigenias reglas del juego establecidas, ordenando un conjunto de modificaciones que causan confusión y caos, las cuales dependen no del Interés General sino de la voluntad absurda del operador estatal, poniendo en riesgo mis derechos fundamentales, como sujeto interesado en la licitación señalada.”

Para fundamentar su aserto adjunta copia del pliego original y distintos adendos y argumenta detalladamente la presunta existencia de modificaciones sustanciales.

5. La actora considera que la actuación del INVÍAS vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, pues “al no existir reglas de participación DEFINITIVAS, claras, justas, objetivas, y completas, tal como lo manda la ley, es imposible a ningún interesado participar como proponente en la presente licitación, dada la volubilidad caprichosa de las modificaciones plasmadas en los adendos expedidos después de la publicación del pliego definitivo, adendos contradictorios, injustificados, inconsistentes con las especificaciones indicadas en el ANEXO TÉCNICO ESPECIFICACIONES TÉCNICAS pags. 90 y ss del pliego.”

Adicionalmente, en criterio de la actora, la actuación del INVÍAS vulnera lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, las regulaciones en materia de contratos estatales, pero fundamentalmente el Estatuto de la Contratación administrativa - Ley 80 de 1.993. Indica que cuando el Estado actúa en calidad de contratante debe ceñirse a los principios de transparencia, economía, responsabilidad (contenidos en la Ley 80 de 1993- art.23) y especialmente al principio de legalidad que debe estar presente dentro del proceso contractual. Sin embargo considera que “la entidad accionada pretermitió su acatamiento. En el caso sub-lite vemos con total claridad que con el proceder de la Entidad Contratante (INVÍAS) al desarrollar un conjunto de actuaciones arbitrarias, improvisadas, sin respeto por sus propias decisiones y por el resultado de los estudios técnicos que militan en el pliego como marco científico sustancial, generadoras de valoraciones particulares, subjetivas y contradictorias, se induce inequívocamente a error, se convierte el pliego de condiciones en un galimatías, quebrantando los derechos de los ciudadanos que con fundamento en el principio del interés general, disponemos del derecho a ser posibles proponentes y participar dentro del proceso contractual, para colaborar con la administración para el logro de los cometidos estatales.”.

6. Considera que en el presente caso se está frente a la necesidad urgente de proteger los derechos so pena de que se consume un perjuicio irremediable.

7. Por las razones anteriores, solicita la tutela transitoria de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y el trabajo y, en consecuencia decretar la nulidad de todos los adendos expedidos por INVÍAS y ordenar a dicha entidad mantener la estructura técnica, operativa y financiera del proyecto tal como se publicó en el pliego de condiciones original.

Adicionalmente, solicita que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD de todos los adendos modificatorios, se establezca un término mínimo de 5 días a partir de la fecha en que se tutelen sus derechos y hasta el cierre de la licitación, para elaborar la propuesta, comprar el pliego de condiciones definitivo, y presentar la oferta y ordenarle a INVIAS mantener las condiciones definitivas con la expresa prohibición de modificar los aspectos sustanciales del proyecto y del respectivo pliego.

Finalmente, solicita, “como medida provisional y precautelativa para evitar que se configure un perjuicio irremediable, cierto e inminente de no actuar con la rapidez que la acción de amparo que invoco (...) además de no hacer inocua esta acción de amparo constitucional frente a la posibilidad de hechos cumplidos al momento de tomar la decisión de fondo, se ORDENE LA SUSPENSIÓN DE LA LICITACIÓN SMF-328-2006 desde el día Primero (1°.) de Noviembre de 2006 y hasta tanto se pronuncie el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre esta acción de tutela a efectos de tener acceso a la licitación y poder ejercer el derecho a presentar una oferta elaborada sobre bases sólidas y estables con respeto a los derechos fundamentales cuyo amparo depreco, una vez se definan reglas claras, justas, completas, y definitivas de participación. Igualmente se dejen sin efectos los adendos 1, 2, 3, 4, y 5 y la Resolución 7525 de 2006 y se suspendan inmediatamente todas las actuaciones, trámites, procedimientos relacionados directa o indirectamente con la Licitación SMF-328 -2006.”.

Coadyuvancias e intervenciones

8. Coadyuvaron la petición varias personas naturales y jurídicas. Fueron vinculados al trámite el Ministerio de Transporte y varios de los proponentes dentro de la licitación a que se alude. Notificada la entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la accionante. Fundamentalmente la entidad accionada consideró que la acción de tutela resultaba improcedente dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

Decisión de Primera Instancia

9. Mediante decisión del 30 de noviembre de 2006 el Juzgado Primero de Menores de Distrito Judicial de Bogotá D.C decidió tutelar los derechos al debido proceso, la igualdad y al trabajo, de la actora, vulnerados, en su criterio por el INTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, al momento de Cerrar la Licitación SMF 328 2006.

La juez avala la tesis de la actora según la cual la violación de los derechos fundamentales se produjo por evidentes errores in procedendo que generaron la pretermisión de la oportunidad de ofertantes para que acudieran al proceso de selección; y errores in iudicando al emitir unos adendos que rompieron la regla de oro de la contratación administrativa que es que el pliego de condiciones es inmodificable en su parte sustancial y técnica.

Señala la sentencia, que si bien la acción de tutela es un medio de defensa subsidiario, lo cierto es que “la verdad procesal recaudada dentro de la Tutela (...) indica no existir, para el caso concreto otro medio de defensa judicial, eficaz, idóneo y oportuno, que provea a la accionante la efectivización de sus derechos fundamentales, en contra de la vía de hecho de la administración, de manera que no se le cause un perjuicio irremediable o que le vulnere directamente sus derechos a la igualdad, trabajo y el debido proceso.”. En su criterio, si bien es cierto que formalmente en la Ley 80 de 1993 existe la vía de lo contencioso administrativo para repeler los desbordamientos de la administración, en materia de licitaciones públicas este mecanismo no opera de forma idónea y eficaz para evitar la violación de los derechos fundamentales a la igualdad o al trabajo.

Por las razones anteriores concede el amparo transitorio de los derechos de la actora y supedita la protección a que “dentro del mes siguiente a la Resolución que cumpla con éste fallo de Tutela, debe iniciarse por la accionante la acción de nulidad, si aún no lo ha hecho, que al romperse se observa habrá de prosperar por virtud de la abundante y puntual jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado en casos como el que aquí se examina en sede constitucional y es fundamento de la decisión de Tutela que se adopta.”.

La juez hace una detallada explicación de las razones por las cuales en su criterio en el proceso licitatorio se vulneran las normas en materia de contratación y, por contera, los derechos de la actora. El resumen de su argumentación se encuentra en el aparte que se transcribe referido adicionalmente a las razones por las cuales no concede la petición de declarar la nulidad de los adendas del proceso licitatorio en comento. Dice la sentencia:

“Esto, en estricta sujeción a un test de proporcionalidad y razonabilidad, ya que mal se haría, como lo solicitó la accionante, en entrar a anularse los adendos sin salvaguardar el derecho de las personas que presentaron ofertas el 3 de Noviembre de 2006, quienes ofertaron de acuerdo a las condiciones establecidas en el pliego y sus adendos, por cuanto dichas ofertas

la efectuaron bajo las condiciones allí establecidas. En consecuencia se denegará dicha petición de nulidad de los adendos, manteniendo su vigencia, pero otorgando un plazo para que éstos mantengan su calidad de definitivos y estables, prohibiendo a la entidad accionada hacer nuevas modificaciones, pues, pese a que el Despacho considera como se analizó, que INVIAS violó derechos fundamentales cuyo amparo solicita la accionante, al expedir los multicitados adendos, por ser contentivos de múltiples modificaciones sustanciales al pliego de condiciones o términos de Referencia, variando la legalidad del contrato en sus reglas de juego, en forma contradictoria y en diversas oportunidades sin otorgar el tiempo suficiente para que los interesados pudieran asimilar los cambios intempestivos durante el término de la licitación y a última hora un día antes del cierre y sin reponerse los días que se restaron al plazo de licitación, no es menos cierto que es preciso proteger los derechos de los interesados que ya presentaron sus ofertas de acuerdo a esos términos, amén de las inversiones en recursos operativos, dinerarios y el trabajo que ello implicó para los mismos, bajo el principio que no se puede amparar un derecho sacrificando otros con igual categoría constitucional, de manera que se protegerá el derecho de los interesados que presentaron sus ofertas para la licitación, porque aunque reprochables los cambios que propiciaron los adendos al pliego de condiciones como se disertó, para el momento de proponer estaban vigentes, y, equivalentemente se les concederá a los accionantes la oportunidad conculcada por INVIAS a efectos que igualmente puedan usufructuar la oportunidad reclamada y que dimanara de la igualdad y debido proceso administrativo y gozar del plazo necesario para elaborar sus ofertas ajustándolas a los cambios aludidos.”

En virtud de lo anterior, ordena: “al INSITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, para que opere la protección de los derechos fundamentales de la accionante y los que coadyuvaron su escrito, que dentro del término de las 48 HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, ejecute los trámites necesarios, para reemplazar el acto administrativo Resolución 7525 del 1ro de Noviembre de 2006, reponiendo en el proceso licitatorio SMF 328 2006, para el Dragado de Profundización del Canal de Acceso al Puerto de Buenaventura DIEZ (10) DÍAS HABLES, en el plazo del cierre de la licitación pública a partir que se surta la última notificación del acto administrativo ordenado.”.

Finalmente, solicita a la Procuraduría General de la Nación, Delegada para la Contratación Estatal que, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales, vigile el cumplimiento de la providencia por parte del Señor Sub Director Marítimo y Fluvial, Ingeniero

ALVARO JOSE SOTO GARCÍA y la DRA. ELIANA ANDREA VARGAS SÁNCHEZ, coordinadora Área de Licitaciones y Concursos del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”.

Impugnación de INVIAS

10. En criterio de la entidad accionada, la LICITACION PUBLICA SMF 328 DE 2006 se ha adelantado de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y los criterios establecidos en el Decreto 2170 de 2002. Al respecto hace un exhaustivo recuento de la actividad precontractual adelantada para demostrar que la misma se sujetó a los principios constitucionales y legales respectivos.

11. Señala el Instituto que el 15 de noviembre, el Instituto nacional de Vías fue notificado de una tutela (No. 2006-00126-00) contra el proceso SMF-328-2006 interpuesta por el señor NIVALDO HUMBERTO PUENTES ante el JUZGADO 29 ADMINISTRATIVO Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, y la cual resulta - salvo algunos cambios de forma - prácticamente igual a la que se estudia en el presente proceso.

12. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela indica que la misma resulta improcedente si existe otro mecanismo de defensa judicial sin que resulte necesaria la tutela para evitar la consumación de un perjuicio sobre un derecho fundamental. En efecto, a su juicio, “Así, de acuerdo con los hechos alegados en la tutela, en los que se aduce, existe una supuesta infracción a normas constitucionales que contemplan los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, en gracia de discusión, estaríamos frente actos precontractuales emitidos por la administración manifiestamente nulos, frente a los cuales procedería específicamente las acciones contempladas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, según el cual, “...Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación..”.

Señala que la jurisprudencia ha corroborado lo anterior, afirmando “La acción de tutela se caracteriza por ser un procedimiento preferente y sumario que, si bien contiene ciertas garantías mínimas y necesarias para la validez constitucional de un proceso judicial, sin embargo, no está sometido a la plenitud y al rigorismo de otros debates judiciales que

admiten una mayor participación de las partes y un más amplio despliegue de sus derechos procesales. No obstante, la arbitrariedad judicial se controla en la medida en que el juez constitucional exija, dentro de las características propias de cada caso, una prueba suficiente del dicho actor y permita que la contraparte controvierta, dentro de un plazo muy breve, las pruebas aportadas. Sin embargo, si se debaten cuestiones que deben someterse a la mas amplia controversia judicial y no existe una plena prueba de las afirmaciones de las partes, lo cierto es que el juez de tutela debe abstenerse de adoptar una decisión que pueda afectar, sin un fundamento fáctico suficiente, derechos legales o constitucionales de alguna de las personas trabada en la litis judicial”.

De la misma forma, la Alta Corporación, ha considerado: “Como se desprende de la reiteradísima jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela tiene por objeto exclusivo la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando aparezcan violados o amenazados por acción u omisión de la autoridad pública o aun de particulares, en los casos previstos por la Constitución y la ley. No es ámbito propio de la actividad encargada a los jueces de tutela, como jueces constitucionales, el relativo a las controversias surgidas entre los particulares y la administración por la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias, a no ser que por tales conceptos resulten afectados o en peligro derechos fundamentales de las personas en concreto, sin que exista a su alcance un medio judicial eficaz con miras a su defensa”.

Por tales razones encuentra que la acción de tutela resulta improcedente, pues la actora cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa sin que parezca necesaria la procedencia de la tutela para evitar la consumación de una violación a un derecho fundamental. Adicionalmente indica que si a la actora el INVIAS le está violando un derecho Constitucional Fundamental, dentro del ejercicio de la acción contencioso administrativa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, puede solicitar como medida acorde con lo dispuesto en el artículo 152 del C.C.A, la suspensión provisional de los actos administrativos que consideraba estaban lesionando sus derechos.

13. Como la Tutelante dispone de otro medio de defensa se constituye la Decisión adoptada por la Sala en una intromisión indebida, por cuanto es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que tiene la competencia para debatir el asunto en estudio y de conformidad con el C.C.A., mientras los actos administrativos no sean anulados o

suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, son de forzoso cumplimiento y están investidos de la presunción de legalidad. Al respecto reitera el argumento según el cual “en innumerables sentencias, proferidas por la Corte Constitucional, en ejercicio de la atribución Constitucional de revisión de las sentencias de Tutelas, proferidas por los jueces de la república, sobre esta acción ha manifestado: 1.- Residual o subsidiaria. 2.- Que no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de los derechos.1”.

Todas las razones anteriores, ratifican, en su criterio, la improcedencia de la acción de tutela, por existir otro mecanismo de defensa judicial.

14. La entidad indica que si bien la presente tutela fue interpuesta como mecanismo transitorio de defensa, lo cierto es que no demuestra la existencia de un perjuicio irremediable que resulte necesario evitar a través de la acción constitucional de defensa de derechos fundamentales. Al respecto citando jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado recuerda que “el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, ya que no basta sólo afirmar la irreparabilidad del mismo, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera plena certeza sobre su ocurrencia.”2 . Posición reiterada en fallo de tutela de la Corte Constitucional T- 613 de 2005.

Por las razones anteriores considera que si la actora sintió que la entidad cometió un acto o profirió una actuación contraria a derecho debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo incoando una de las acciones que para el efecto fueron consagradas en el Código Contencioso Administrativo.

15. Adicionalmente, la entidad hace un detallado recuento del proceso licitatorio para demostrar que se ha ajustado integralmente a los imperativos legales y constitucionales y que ninguno de los actos precontractuales ha vulnerado los derechos al debido proceso, a la igualdad o al trabajo de la actora.

Decisión de segunda instancia

16. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala de Familia, en sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil seis (2006), revocó la decisión de primera instancia y negó la acción de tutela presentada.

En criterio del Tribunal, los actos administrativos a que se alude pueden y deben, si es que existe alguna discrepancia con los mismos, ser atacados a través de las acciones ante los jueces de lo contencioso administrativo. A su juicio, estos jueces son los llamados a dirimir tal clase de controversias, competencia que no puede ser invadida por el juez constitucional, al que le está vedado hacerlo, “pues ello sería, nada más, ni nada menos, que una intromisión en asuntos que le son ajenos.”.

En consecuencia, encuentra que la demandante cuenta con la posibilidad de pedir la suspensión provisional del acto administrativo, ante los jueces mencionados, proceso en el que puede revisarse la legalidad y constitucionalidad de aquel, para si es ostensible la vulneración de los derechos de los participantes en la licitación, se disponga la paralización de sus efectos. Por otro lado, considera que si tales actos no han sido controvertidos por la actora por los medios de impugnación que tenía a su alcance, no puede venir a subsanar los efectos de su negligencia, por medio de este mecanismo extraordinario.

Adicionalmente, el Tribunal encuentra que no aparece demostrado que la actora haya solicitado a la entidad demandada la reposición de los actos administrativos impugnados a través de la tutela o la subsanación de las presuntas irregularidades. Así mismo, encuentra que la peticionaria no se encuentra dentro de quienes participan en la licitación a que se alude, de modo que mal puede derivarse en su contra perjuicio alguno y menos irremediable, para acceder a la concesión del amparo, así sea transitoriamente, más aún si la licitación, en efecto, es solo una expectativa para el participante en ella.

Por las razones expresadas, el Tribunal niega la tutela solicitada, previa la revocatoria de la sentencia impugnada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para revisar las providencias proferidas dentro de la presente acción de tutela en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política.

Problema jurídico

2. Se pregunta la Corte si en el presente caso procede la acción de tutela como mecanismo judicial para revisar el proceso precontractual que, según la actora, compromete sus derechos fundamentales. Si la tutela resultará procedente, debería la Corte estudiar si los actos administrativos impugnados generan, efectivamente, una lesión sustancial de los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y el trabajo de la actora.

Para resolver el problema jurídico planteado procederá la Corte a reiterar su jurisprudencia en la materia.

Improcedencia de la acción de tutela para revisar la etapa precontractual de un proceso de contratación estatal

3. Como se sabe bien la acción de tutela es una acción subsidiaria y residual que sólo procede (1) cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados; o (2) cuando, pese a la existencia del otro mecanismo, se requiere la urgente protección para evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental. Según la Corte, para que pueda hablarse de la existencia de un perjuicio irremediable es necesario que concurren una serie de condiciones que se explican como sigue:

“La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial³[14], siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, a saber: la inminencia, el cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y, la gravedad de los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales⁴[15].⁵

4. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos precontractuales, la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, esta acción no resulta procedente. En efecto, para la controversia de tales actos existen recursos ordinarios que tienen la idoneidad de evitar la consumación de los perjuicios iusfundamentales que puedan encontrarse comprometidos en el proceso. Por su importancia para el presente caso la Sala reproducirá la doctrina sentada en la SU-713 de 2006 sobre la materia:

En particular en materia de contratos administrativos ha dicho la Corte:

De los mecanismos contenciosos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir las irregularidades que se presenten en los actos precontractuales, entre ellos, el correspondiente al pliego de condiciones. (De la improcedencia por regla general de la acción de tutela)

19. Esta Corporación, en diversas ocasiones, ha reconocido que en el trámite de un proceso licitatorio, y en concreto, en el contenido del pliego de condiciones, es posible que los derechos fundamentales de por lo menos uno de los proponentes, sean eventualmente objeto de amenaza o violación. Sin embargo, de igual manera, en todas esas oportunidades, ha concluido que el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial para obtener su debida protección, dejando a salvo la procedencia de la acción de tutela, para aquellos casos en que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁷.

Precisamente se ha admitido que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 446 de 1998, establece distintos medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales que resulten vulnerados por los actos previos a la celebración de un contrato estatal, así dicha disposición reconoce: (i) Que los actos precontractuales y con ocasión de la actividad contractual, son demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, y que, (ii) una vez celebrado el negocio contractual, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, por intermedio de la acción contractual. En todo caso, según el mismo artículo 87 del C.C.A., la interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato⁸.

(...)

20. Partiendo de las consideraciones esgrimidas en la demanda de tutela, en las distintas intervenciones y en la providencia del juez de segunda instancia, la Corte Constitucional se formula el siguiente interrogante: ¿Es procedente otorgar la acción de tutela como mecanismo definitivo y prevalente de protección judicial, en la medida en que las acciones contenciosas no permiten interrumpir el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato, y por lo mismo, podrían llegar a considerarse inadecuadas e insuficientes para proveer una defensa integral a los derechos fundamentales comprometidos?

Si bien dicha posición podría estimarse en principio razonable, a partir de la configuración de una de las causales de procedencia de la acción de tutela, consistente en la falta de idoneidad de las acciones ordinarias para otorgar un amparo integral, lo cierto, es que dicho punto de vista, resulta contrario a la naturaleza jurídica de los actos precontractuales y a los mecanismos previstos en el ordenamiento legal para controvertir su validez y suspender sus efectos.

Como se dijo anteriormente, determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares⁹; concretamente, y para efectos de la presente tutela, el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo general, pues fija las reglas que disciplinan el procedimiento de selección objetiva del contratista de manera impersonal, imparcial y abstracta frente a todos los proponentes.

Ahora bien, la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular.

Cuando se acude a la Justicia Administrativa, para demandar la validez de un acto administrativo, por cualquiera de los medios anteriormente señalados, independientemente de que corresponda a actos proferidos durante el proceso licitatorio o en las fases de ejecución o liquidación del contrato, es viable proponer la suspensión provisional de sus efectos, en los términos y condiciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, aliviando temporalmente la afectación que sobre los derechos fundamentales

de los proponentes, se producirían de continuar su ejecución (C.P. art. 238).

(...)

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador¹⁰. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no le impone a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales para proceder a la suspensión provisional de sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del C.C.A¹¹.

Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria (C.P. art. 86).

Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.

21. Por otra parte, es evidente que la viabilidad de la acción de tutela se encuentra sometida a las particularidades del asunto sometido a decisión, por lo cual en cada caso debe analizarse si alguna de las causales de improcedencia resultan aplicables conforme a la naturaleza del acto administrativo puesto a consideración del juez de tutela.

Dentro del catálogo de causales de improcedencia previsto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, goza de especial significación aquella reconocida en el numeral 5°, conforme a la cual: “La acción de tutela no procederá: (...) 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Acerca de la validez de dicha causal de improcedencia, esta Corporación ha señalado que la misma tiene su origen en la existencia de otros medios de defensa judicial que permiten a través de un control abstracto verificar la constitucionalidad y legalidad de un precepto normativo.

(...)

Así las cosas, no es viable acudir a la acción de tutela para controvertir la legalidad de los actos precontractuales de contenido general y abstracto, pues así lo establece expresamente el artículo 6°, numeral 5° del Decreto 2591 de 1991, al reconocer la improcedencia del amparo constitucional contra dicha modalidad de actos.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se demande entonces un acto general, impersonal y abstracto tan sólo es viable la acción de tutela a través de la prueba de un perjuicio irremediable¹².

5. En virtud de la jurisprudencia transcrita es necesario afirmar que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, como por ejemplo el pliego de condiciones y sus respectivos adendos, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico. Según se explica en los apartes transcritos, la Corte encuentra que tales acciones resultan idóneas y eficaces para otorgar una protección integral de los derechos comprometidos en el proceso precontractual.

Sin embargo, si se llegare a demostrar la existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable, es decir, aquel perjuicio personal, concreto, específico y con evidente e irremediable repercusión sobre derechos fundamentales, sería procedente el amparo constitucional transitorio.

No basta entonces con indicar que el proceso amenaza la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación pública o el debido proceso administrativo. Como lo ha señalado la

Corte, estos derechos son derechos relacionales que pueden ser adecuadamente protegidos a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial de los derechos sustanciales comprometidos. Salvo que se demuestre la eventual existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable en las condiciones descritas.

Tampoco sería procedente la acción de tutela entonces para la defensa de derechos que no tienen rango fundamental como aquellos que se comprometen cuando se lesiona la libre competencia económica o cuando se afecta el patrimonio de quien se encuentra interesado en el proceso licitatorio. Para la defensa de este tipo de derechos existen otras acciones y jueces especializados que pueden resolver de manera más adecuada los conflictos planteados.

Estudio del caso concreto

6. En el presente caso, la actora afirma que el proceso precontractual impugnado vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y el trabajo. Considera que la acción de tutela es procedente porque ningún otro mecanismo de defensa judicial es apto para evitar que continúe el proceso y afirma que por ello sólo esta acción puede dar lugar a la plena protección de sus derechos.

7. Como ya se ha mencionado, la Corte ha considerado que las acciones contencioso administrativas son idóneas para la protección de los derechos e intereses de las personas directamente interesadas en participar en un proceso de contratación pública. En este sentido, dichas acciones acompañadas de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos impugnados, desplazan a la acción de tutela en la defensa de los derechos que, como los alegados por la actora, son aquellos eventualmente comprometidos en el proceso contractual.

8. Sin embargo, la acción de tutela sería procedente si la actora hubiera demostrado que el proceso que impugna le causa a ella, de manera individual y concreta, un daño específico y determinado, sobre un derecho fundamental y siempre que quedara claro que tal daño sólo puede ser evitado a través de la tutela. Esto, sin embargo, no resulta demostrado en el expediente. En efecto, la actora se limita a realizar consideraciones generales sobre los vicios que a su juicio tiene el proceso contractual y sobre como tales vicios pueden afectar los derechos a la igualdad, el debido proceso y el trabajo de todas las personas interesadas en

participar en dicho proceso. Sin embargo, no se detiene a demostrar específicamente porque tales vicios la afectan concretamente a ella y comprometen hasta tal punto sus derechos fundamentales que la tutela resulta verdaderamente urgente.

Como ya se ha mencionado, la Corte ya ha señalado que para que pueda proceder la tutela contra actos precontractuales es necesario que el actor demuestre plenamente que el perjuicio que se causa de no prosperar la tutela afecta de manera irreversible un derecho constitucional fundamental propio y que el daño es grave, concreto, específico e inminente. Sólo de esta manera puede demostrar que las medidas para corregir el daño deben ser urgentes y la protección del derecho impostergable. Nada de eso se demuestra en el presente proceso.

Al respecto, en un caso similar ya citado dijo la Corte:

De la inexistencia de un perjuicio irremediable

En el caso sub-examine, no se acreditó por el demandante la existencia de un perjuicio irremediable, de acuerdo con los elementos jurisprudenciales que se han definido para su configuración, a saber: El perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable¹³.

Además debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...)

Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003¹⁴, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamenal invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una

sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes¹⁵.

Esta posición jurisprudencial se complementa con otras sentencias de tutela, en las que se negó el amparo transitorio a pesar de invocarse por los accionantes la existencia de desequilibrios económicos o pérdidas materiales, por la falta de demostración de la ocurrencia de un mal grave e inminente sobre un derecho fundamental. Precisamente, a manera de ilustración, en sentencia T-569 de 1998¹⁶, como ya se dijo, este Tribunal se pronunció acerca de una acción de tutela promovida por el club de fútbol Independiente Santa Fe, a quien se le declaró la caducidad de un contrato estatal suscrito con la Alcaldía de Bogotá para la administración, cuidado y explotación de una porción de terreno dentro del Parque Simón Bolívar. A pesar de la imposición de la inhabilidad para contratar por el término de cinco (5) años y de la exigibilidad de multas y garantías, la Corte consideró que existía otro mecanismo de defensa judicial para resolver la controversia planteada y que, además, no estaba acreditada la existencia de un perjuicio irremediable¹⁷. ¹⁸

Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

En virtud de las consideraciones anteriores, en especial de los argumentos esgrimidos en la jurisprudencia transcrita y ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar de manera concreta, grave y específica los derechos fundamentales invocados, la Corte procederá a negar el amparo solicitado.

9. De otra parte constata la Corte que la actora, quien actúa a través de apoderado y formula un alegato técnico relativamente complejo, no demuestra sin embargo que agotó la vía

gubernativa y ejerció en tiempo las acciones contencioso administrativas que fueron mencionadas en los apartes anteriores de esta providencia. En consecuencia, la tutela, por este hecho, tampoco podría resultar procedente. En efecto, como lo ha sostenido la Corte, la acción de tutela no puede ser utilizada para revivir términos vencidos por causa de la inactividad de la parte interesada.

En este sentido en sentencia T-108 de 2003¹⁹, la Corte expresó que: “La falta del ejercicio oportuno de los medios ordinarios que la ley ofrece para impugnar las decisiones judiciales, hacen improcedente la acción de tutela pues no puede alegarse el no ejercicio de los mismos para su beneficio”²⁰. En consecuencia, como lo reitera la Sentencia SU-713 de 2006 citada, no es procedente la tutela cuando el actor dejó vencer los términos judiciales para el ejercicio de las acciones o de los recursos ordinarios de los cuales disponía para obtener la satisfacción de sus derechos.

Por las razones anteriores se confirmará la decisión de segunda instancia que niega el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de 19 de diciembre de 2006 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. y que negó, por improcedente, la acción de tutela interpuesta por la señora María Claudia Glauser Urbina contra INVIAS.

Segundo.- ORDENAR que por Secretaría General se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Señala “Confrontar con la siguiente Jurisprudencia: Sentencias T-512/93 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-362/94 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-064/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-077/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-403/94 (M.P. José gregorio Hernández Galindo), T-431/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-434/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).”

2 Señala “CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION “A”. CONSEJERA PONENTE: DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005). Exp. No.: 73001 23 31 000 2005 00631 01”

3 El artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, consagra la tutela como mecanismo transitorio, en los siguientes términos “[A]ún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no se instaura cesarán los efectos de éste. Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, la acción de tutela

también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

4 Cfr. T-225/93, T-789/00, SU544/01, SU1070/03.

6 SU1070/03 .

7 Véase, entre otras, las sentencias T-147 de 1996, T-154 de 1998, T-312 de 1999, T-724 de 2003, T-021 de 2005 y T-337 de 2005.

8 Esta disposición fue declarada exequible por esta Corporación mediante sentencia C-1048 de 2001. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Entre los principales argumentos que condujeron al pronunciamiento de constitucionalidad, se destacan: “(...)Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual.

Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio. La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso si a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio. Precisado lo anterior, debe la Corte establecer el alcance de la limitación impuesta por la norma acusada, cuando señala que “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” En especial debe establecer si esta restricción tiene el alcance de eliminar o de recortar, en ciertos casos, el plazo de caducidad que señala la norma, desconociendo con ello el derecho de acceso a la administración de justicia, especialmente el de terceros a la relación contractual que hayan participado en las etapas precontractuales, como lo alega la demanda. [La] interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo”.

9 Así, por ejemplo, la resolución de apertura de la licitación y el acto que declara desierta la licitación son actos administrativos generales; mientras que el acto que rechaza una propuesta y la resolución de adjudicación del contrato son actos administrativos particulares.

10 Dispone la citada norma de la Carta Fundamental: “la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”:

11 Dispone la norma citada del Código Contencioso Administrativo: “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2º. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de las mismas, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandando causa o podría causar al actor”.

12 Sentencias T-1201 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-554 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

13 Véase, sentencias T-225 de 1993 y T-015 de 1995.

14 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

15 En la parte correspondiente de la sentencia, se señaló: “Es así como a partir del análisis de las causas invocadas y los fines inherentes a cada mecanismo, es que se debe establecer cuál de ellos es procedente e idóneo, o planteado de otra manera, en lo que atañe a la tutela, debe verificarse si las causas aludidas por los accionantes vulneran sus derechos fundamentales. De conformidad con lo anterior, la Corte considera necesario hacer un recuento de los supuestos fácticos que dieron origen a la presentación de las tutelas revisadas, para concluir en la clara vulneración de los derechos fundamentales de las accionantes y en la trascendencia constitucional de la controversia planteada. (...) La

conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos, sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del juez de tutela. Perjuicio irremediable que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa, como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para “la participación en licitaciones y / o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y / o cualquier otro sistema”. La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo. (...)”. (Subrayado por fuera del texto original).

16 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

17 En sus propias palabras, esta Corporación manifestó: “En el caso sometido a revisión no se evidencia la configuración de un perjuicio de esta naturaleza, pues las consecuencias que se derivan de la declaración de caducidad, responden a la naturaleza misma de esta figura. No se puede afirmar que son “sanciones ilegales”, pues las consecuencias que de su aplicación se derivan, han sido fijadas por el propio legislador, como efectos de su declaración. Aceptar el argumento esbozado, implicaría admitir que todos los contratistas a los que se les hace efectiva esta cláusula estarían enfrentados a un perjuicio de esta naturaleza. La acción ante el contencioso administrativo es la vía que tiene a su alcance la Corporación, a efectos de solicitar la indemnización de los perjuicios por los yerros en que pudo incurrir la administración distrital al declarar la caducidad del contrato, en caso de poder comprobar que la administración distrital actuó arbitrariamente. En consecuencia, si a ello hay lugar, Santa Fe Corporación Deportiva obtendrá la reparación de los perjuicios correspondientes. (...) El argumento de la muerte civil de Santa Fe Corporación Deportiva es

inadmisible, pues si bien es cierto que mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo no decida sobre la legalidad de la declaración de caducidad, la Corporación no podrá celebrar contrato alguno con entidades estatales, esto, sin embargo, no le impide a la mencionada Corporación seguir desarrollando su objeto social, porque la devolución de los terrenos no incide en éste. Así, por ejemplo, el equipo de fútbol que lleva su mismo nombre ha seguido cumpliendo con sus obligaciones deportivas, sin que la declaración que efectuó la administración distrital hubiese implicado su exclusión o la imposibilidad de seguir actuando en el torneo nacional. Tampoco afectó la contratación de los futbolistas o de empleados de la institución. Igualmente, la escuela de fútbol, creada por virtud del contrato que fue objeto de la declaración de caducidad, podrá seguir funcionando, si así lo estima pertinente Santa Fe Corporación Deportiva, pues su existencia es independiente del mencionado contrato. Obviamente que se requerirán otros terrenos para continuar con ella, pero no por ello se puede afirmar que esta actividad no podrá ser ejercida, porque la disponibilidad de un campo específico como lo es el Parque Simón Bolívar, no es esencial para el desarrollo de ésta". En idéntico sentido, en sentencia T-1212 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), este Tribunal señaló: "En primer lugar, la Corte considera que en relación con la pretensión de ordenar la cancelación del registro del contrato DCLC-0055 de 2001 y, consecuentemente, suspender el despacho de energía eléctrica; el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial, como lo es la declaratoria judicial de terminación del contrato de mandato por el incumplimiento de las obligaciones de ISA S.A. E.S.P. (...) Si bien en principio podría considerarse que la circunstancia específica en que se encuentra COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, dada la posible ocurrencia de una causal de disolución obligatoria que conduciría forzosamente a dicha compañía a la liquidación (Decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1°); lo cierto es que en ningún momento se acreditó la impostergabilidad de la acción de tutela, pues como previamente se dijo, existen herramientas en el derecho societario que le permitirían a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., corregir la relación patrimonio neto-capital suscrito y, por ende, enervar la causal de disolución. (...) La Corte ha sostenido que existe perjuicio irremediable cuando se estructuran cuatro elementos básicos determinados en la sentencia T-225 de 1993, a saber: el perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable. (...) En relación con la impostergabilidad de la acción, en materia contractual, la doctrina de esta Corporación ha definido que para establecer la procedencia de la acción de tutela, es indispensable probar

que de no concederse el amparo constitucional, se sufriría un agravio o amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas, que no habría tenido ocurrencia de haber prosperado sin demoras ni retardos la defensa tutelar. Así las cosas, es necesario excluir toda herramienta legal que resulte adecuada y pertinente para restablecer en su integridad los derechos y garantías de los asociados y que, por ende, torne inoperante la proximidad en el uso de la acción. (...) Sobre la materia se ha dicho: (...) “La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna”. (...) En el asunto sub-examine, aunque la Corte encuentra que en relación con los atributos de la personería jurídica de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., como expresiones fundamentales del derecho de asociación, existe un peligro inminente y grave que requiere además la adopción de medidas urgentes, pues la posible situación de liquidación obligatoria a la cual se encontraría sometida así lo amerita. En este caso, no se demostró que la prosperidad de la acción de tutela sea impostergable, toda vez que si bien existe una relación de causalidad entre el riesgo de estar incurrido en la causal de disolución por pérdidas con la negativa de registrar la terminación del contrato de suministro por parte de ISA S.A. E.S.P., varias alternativas legales permiten restablecer la situación jurídico-económica de la empresa accionante, sin que el amparo fundamental se torne en herramienta imprescindible para defender la integridad de los derechos fundamentales de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. (...) A manera de ejemplo, entre otros, la compañía demandante tenía a su alcance las siguientes alternativas legales para reparar su situación financiera, frente a las cuales no existe explicación alguna del por qué no resultan idóneas, o carecen de la entidad suficiente para solventar la crisis de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. Dichas alternativas legales son: la posibilidad de emitir acciones conforme al capital autorizado, o de capitalizar la cuenta de revalorización del patrimonio, o de la prima en colocación de acciones, o de alguna reserva voluntaria a la cual se le varíe su destinación. (...) Así las cosas, en el caso sub-judice. no se demostró cómo la situación jurídico-económica de la compañía no era susceptible de ser corregida a través del uso de los institutos propios del derecho societario, que condujeran a la imperiosa necesidad de otorgar el amparo constitucional a pesar de existir un trámite ordinario, suficiente e idóneo para solucionar la controversia surgida entre las partes”. (Subrayado por fuera del texto original).

19 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

20 En el mismo sentido, esta Corporación en sentencia T-458 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), manifestó: “El recurso, como señaló el Tribunal en la primera instancia, no fue utilizado por el actor.(...) A ese respecto, esta Corte manifestó en la Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992: (...) “La acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992). (...) Y en la Sentencia T-007 del 13 de mayo de 1992, la Corporación recalcó: (...) “Si, por el contrario, el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”.(...) En la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, la Sala Plena de la Corte dejó en claro: (...) “Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba

el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”. (...) En reciente fallo de la Sala Plena se expresó: (...) “La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela. Cuando ello ocurre, la tutela se reserva para un momento ulterior. En efecto, si por acción u omisión el Juez incurre en una vía de hecho, la defensa de los derechos fundamentales, no queda expósita, pues, aquí la tutela recupera su virtud tuitiva. Finalmente, la mencionada acción, procede, como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.(...) Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.