

Sentencia T-609/05

ACCION DE TUTELA-Agotamiento previo de recursos ordinarios

ACCION DE TUTELA-Procedencia aunque exista mecanismo de defensa por inexistencia de medidas de protección inmediatas y eficaces/ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

En principio la presente acción no resulta ser procedente, pues, como arriba se dijo, ella no fue establecida como instancia alterna, paralela o coetánea con los mecanismos ordinarios de defensa judicial. Ciertamente, lo que el demandante alega ante la jurisdicción constitucional (la existencia de una vía de hecho en la actuación de la Contraloría), puede ser planteado dentro del proceso administrativo de nulidad que inicie ante la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, como es sabido, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial desplaza a la acción de tutela. La primera se presenta cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución, arriba citado. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de esta Corporación.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Suspensión provisional del acto administrativo como mecanismo judicial eficaz

ACCION DE TUTELA-Desplaza la suspensión provisional del acto administrativo solo cuando se pretende amparar un derecho de rango constitucional

Cuanto la suspensión provisional decretada dentro de un proceso contencioso administrativo persigue la protección de derechos que no necesariamente son de rango constitucional, sino que pueden ser tan solo de estirpe legal, y porque la estructura del proceso de tutela y la del mecanismo de la suspensión provisional administrativa difieren, siendo más amplia la de la acción de tutela, y por lo tanto más apta para que el juez constitucional pueda entrar a proteger los derechos fundamentales implicados, la suspensión provisional prevista en el proceso contencioso administrativo y la acción de tutela, no necesariamente se excluyen.

Empero, de lo anterior se colige que, para que la acción de tutela no sea desplazada por el mecanismo de la suspensión provisional decretada en proceso contencioso, es necesario que ciertamente se presente la necesidad urgente de amparar un derecho de rango constitucional y no legal, asunto que debe ser verificado cuidadosamente por el juez al establecer la procedibilidad de la acción de amparo.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos para que se configure

Referencia: expediente T-1076735

Peticionario: Jairo Enrique Varela Fiholl

Procedencia: Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá.

Tema: manejo de anticipo contractual

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C. nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, el veinte (20) de enero de dos mil cinco(2005).

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a

dictar la sentencia correspondiente.

1. La demanda

El señor Jairo Enrique Varela Fiholl, mediante apoderado, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre, al trabajo y a la honra, presuntamente vulnerados por la Contraloría de Bogotá, al expedir diversas resoluciones dentro del proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra por esa entidad.

Como fundamento de su solicitud, presenta los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. En el año de 1994, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. celebró con el demandante un contrato cuyo objeto era la construcción de una central telefónica denominada "Marruecos", contrato que no se ejecutó por oposición de la comunidad del sector.

2. Debido a lo anterior, ante la imposibilidad de ejecutar el contrato, se produjo un acuerdo conciliatorio entre las partes, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 27 de febrero de 1997; en este acuerdo se convino un reajuste del monto del contrato y una nueva fecha de iniciación de las obras, para el 17 de septiembre de ese año. En esa fecha fue entregado al ingeniero aquí demandante el valor del anticipo, que ascendió a la suma de quinientos veintiún millones trescientos setenta y ocho mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$521'378.699). La anterior suma de dinero, conforme a las cláusulas del contrato, equivalía al 50% de su valor total, se amortizaría en cuotas iguales al 50% de cada una de las actas de corte mensual, e implicaba la obligación de constituir a favor de la empresa una póliza de garantía de buen manejo.

3. Posteriormente a esta conciliación y a la entrega del anticipo, nuevamente la comunidad del sector "Marruecos" el día 24 de septiembre de 1997 impidió violentamente el adelantamiento de la obra contratada.

4. En vista de lo anterior, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P. mediante Resolución 11491 de 1997 dio por terminado el contrato en forma unilateral, y adicionalmente, mediante la Resolución 11927 de 1998, procedió a liquidarlo.

5. En contra de la Resolución 11927 de 1998 se interpusieron los recursos legales. No

obstante, dicha Resolución fue confirmada en lo referente a la decisión de ordenar la devolución del anticipo, con lo cual tal decisión quedó ejecutoriada, siendo de obligatorio cumplimiento. Ella le impuso al aquí demandante la obligación de devolver del anticipo recibido la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones seiscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos tres pesos con diez centavos M/cte (\$479´668.403.10). Ninguna otra suma se le ordenó devolver o reintegrar al contratista como consecuencia de la liquidación del contrato.

6. El día 11 de noviembre de 1998, el ingeniero demandante devolvió la anterior suma de dinero a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P.

7. El día 10 de mayo de 2000 se inició investigación de responsabilidad fiscal en contra del aquí demandante, con fundamento en que la empresa contratante no había exigido la devolución de los rendimientos financieros que el anticipo había producido, en cuantía de ciento cuarenta y tres millones ochocientos ochenta y cinco mil doscientos cuatro pesos con ochenta y cinco centavos M/te (\$ 143´885.204.85), según informe de FIDUCOLOMBIA.

8. La investigación culminó con el auto de 31 de octubre de 2002, en el que se imputa responsabilidad fiscal al aquí demandante por la no devolución de la suma de \$194´384.220.33, correspondiente a los rendimientos financieros del anticipo de quinientos veintiún millones trescientos setenta y ocho mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$521´378.699), durante 420 días en que ese monto permaneció en fiducia a su nombre.

9. Tal responsabilidad fiscal se imputó bajo la consideración según la cual los rendimientos financieros le pertenecían al Distrito, conclusión a la cual se llegó con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 714 de 1996, norma que fue expedida con posterioridad a la celebración de contrato, cosa que ocurrió el 9 de agosto de 1994.

10. El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, por lo cual el Decreto 714 de 1996 no hace parte del contrato que dio origen al proceso de responsabilidad fiscal. En tal virtud, al aquí demandante, en el proceso de responsabilidad fiscal, no se le juzgó conforme a las leyes preexistentes al hecho que se le imputaba. Tal proceder, dice la demanda, implica una vía de hecho y violación del derecho de defensa.

11. En las resoluciones que impusieron responsabilidad fiscal al aquí demandante, la Contraloría Distrital de Bogotá aplicó la Ley 610 de 2000, sin tener en cuenta que los hechos materia de investigación, el juicio y el cargo fiscal datan de épocas anteriores (1994 a 1998). Además, dicha ley se aplicó con las consecuencias previstas en sus artículos 60 y 61, que impiden a la Administración Pública, en todas sus ramas, nominar, dar posesión, o celebrar contratos con el aquí demandante, pues su nombre debe inscribirse en el boletín de la Contraloría General de la República. Con lo anterior se vulneran sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y al trabajo, en especial si se tiene en cuenta que el demandante, dentro de su actividad profesional, a título personal participa periódicamente en licitaciones públicas para la ejecución de obras civiles que las entidades contratan conforme a la Ley 80 de 1993.

12. Los actos administrativos proferidos por la Contraloría Distrital desconocen el artículo 29 superior, puesto que incurren en vías de hecho, “toda vez que no se dio aplicación a los preceptos contenidos en los artículos 69, 73, 74 y 136 numeral 7° del Código Contencioso Administrativo que determinan la causas y el procedimiento con el que cuenta la administración para revoca sus actos y demandarlos”. Además, desconocieron los actos administrativos de carácter particular que habían sido proferidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, en los cuales unilateralmente se había liquidado el contrato y ordenado devolver el valor del anticipo recibido, previa deducción de la utilidad prevista en la oferta, concretándose la devolución en la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones seiscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos tres pesos con diez centavos M/cte (\$479´668.403.10).

Estos actos administrativos de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá conformaban una unidad jurídica y definían una situación de carácter particular y concreto respecto del demandante; además gozaban de una presunción de legalidad que fue flagrantemente violada por la Contraloría de Bogotá, pues en la práctica esta entidad revocó, sin competencia para ello, los actos administrativos proferidos por la Empresa, desbordando sus facultades constitucionales. Para sustentar esta afirmación concerniente a la presunción de legalidad de los actos administrativos proferidos por la empresa, en la demanda se cita abundante jurisprudencia del Consejo de Estado, conforme a la cual tal categoría de actos mantienen esa presunción hasta tanto no sean anulados por la jurisdicción contenciosa, y cuando definen situaciones jurídicas particulares no pueden ser revocados unilateralmente

por la Administración.

Con fundamento en los anteriores hechos y fundamentos de derecho, el demandante solicita al juez de tutela que le sean protegidos sus derechos fundamentales ordenando suspender la aplicación de las providencias de 30 de enero, 25 de mayo y 30 de agosto de 2004, proferidas por la Contraloría de Bogotá y disponer que las resoluciones 11491 de 1997, 11582 de 1998, 11927 de 1998, y 11974 del mismo año, proferidas por la empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá mantengan su vigencia y eficacia.

2. Traslado de la demanda.

El Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, al que por reparto correspondió la demanda, ordenó notificar personalmente a Contraloría Distrital de Bogotá para que en su calidad de demandada se pronunciara sobre los hechos que daban origen a la interposición de la acción, y comunicar a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, para que manifestara lo que a bien tuviera, y remitiera con destino al expediente las resoluciones relativas al caso.

En respuesta a lo anterior, la Contraloría de Bogotá procedió a contestar la demanda, explicando de la siguiente manera las razones por las cuales dedujo la existencia de responsabilidad fiscal en cabeza del aquí demandante:

1. Que por solicitud elevada por la Personería Delegada para la Vigilancia de los Servicios Públicos Domiciliarios, se inició la investigación por lo hechos relacionados con irregularidades cometidas por los funcionarios de la E.T.B. con ocasión de la reiniciación del contrato suscrito con Jairo Varela Fiholl, aquí demandante. La irregularidad denunciada consistía en “permitir que este permaneciera con el anticipo desde el 17 de septiembre de 1997 hasta el 9 de noviembre de 1998, fecha en que lo devolvió descontando la utilidad del 4%” y por haber publicado en forma indebida las resoluciones 11927 y 11974 de 1998 que se referían a la liquidación del citado contrato, por lo que el contratista no efectuó el reembolso a la E.T.B.

2. Que con base en la anterior solicitud, la Contraloría de Bogotá inició el proceso de responsabilidad fiscal y profirió el auto de imputación de 31 de octubre de 2002, al demostrarse que: (i) el anticipo había sido recibido en septiembre de 1997 en cuantía de

\$521'378.699; (ii) en esa misma fecha había sido consignado en cuenta corriente del Banco de Colombia, para al día siguiente constituir encargo fiduciario; (iii) después de la liquidación anticipada del contrato y de que la entidad contratista ordenara la devolución del anticipo, el mismo fue devuelto en cuantía de \$479'668.403.10, cifra que correspondía a la señalada en la resolución que ordenó la liquidación unilateral.

3. Que la Contraloría de Bogotá había considerado que frente al dinero dado en anticipo, no había lugar a que un tercero (contratista) se aprovechara de los rendimientos, si tal anticipo no era invertido en la ejecución de la obra; y que esa entidad no podía desprenderse de sus facultades de vigilancia y control de manejo del anticipo.

4. Que en el auto de imputación, la Contraloría también había considerado que siendo el contrato ley para las partes, es decir de obligatorio cumplimiento para ellas, además de los parámetros pactados como condiciones para el pago del anticipo (equivalía al 50% de su valor total, se amortizaría en cuotas iguales al 50% de cada una de las actas de corte mensual, implicaba la obligación de constituir a favor de la empresa una póliza de garantía de buen manejo, permitía a la empresa efectuar la revisión del correcto manejo del anticipo), se habían establecido otros acuerdos en torno al mismo, contenidos en la cláusula quinta del contrato, referente a las obligaciones del contratista. Entre estas obligaciones adicionales se había estipulado que el contratista, sin autorización del interventor, no podría disponer de los materiales adquiridos para fines distintos de las obras del contrato, si habían sido adquiridos del fondo del anticipo; y que debería enviar a la división de Planta Física debidamente conciliado, el libro de manejo del anticipo con sus respectivos soportes.

5. Que también la Contraloría había considerado que “la administración no estaba obligada a garantizarle al contratista la obtención de utilidades más allá de las previstas como tales en el contrato y en la ley”. Por ello, “una vez entregado el anticipo este debía ser manejado en invertido en la ejecución del contrato bajo vigilancia y control de la administración, lo cual no tendría sentido si los dineros no siguieran perteneciéndole.” Por ello, en el caso que había motivado la tutela, “donde no hubo ejecución del contrato, los movimientos que se hicieran con tales dineros debieron darse a conocer a la administración, para su vigilancia y control como efectivamente le fue preguntado por ésta, según consta en el oficio recibido el 06/04/98”. Agrega que por la gestión de evitar la devaluación de la suma entregada, “en manera alguna debe la administración pagarle, toda vez que no media compromiso alguno

en tal sentido, ni sería legal hacerlo, en razón a que el contrato suscrito lo era de obra y en él no se había estipulado en parte alguna que la entidad garantizara al contratista la obtención de una utilidad diferente a la autorizada pro la Ley en el contrato”.

6. Que adicionalmente la Contraloría Distrital había establecido la calidad de público del anticipo que había sido entregado, a partir del instructivo de la Contaduría General de la Nación contenido en la Resolución 444 de 1995, instructivo conforme al cual la contabilidad de la entidad pública debe registrar una cuenta por cobrar que represente los valores entregados por adelantado a los contratistas o proveedores para la ejecución de obras. A lo anterior se agrega que en el contrato respectivo, se exige al contratista la rendición de informes relativos al manejo del anticipo. En el caso presente, el contratista efectivamente presentó el programa de inversión del anticipo, “donde no se incluye ítem que indique que el anticipo se invertirá en producir rendimientos”.

7. Agrega la Contraloría que de todo lo anterior “se concluyó que el dinero entregado al contratista a manera de anticipo por valor de \$521.378.699.00 era de la entidad, razón por la que tuvo que devolverlo frente a la imposibilidad de ejecutarse el contrato, por lo tanto la suma correspondiente al mismo como los rendimientos ganados por ella debían ser entregados a la E.T.B.” Así, “la suma correspondiente a los rendimientos pertenece a la Entidad, por constituir rentas obtenidas con dineros públicos, y su no devolución se constituyó en detrimento par la ETB, dado que el contratista no entregó ningún servicio a cambio y la entidad no dispuso de esos dineros con lo que se impidió su uso en otras necesidades sociales.”

8. Adicionalmente la Contraloría arguye que su decisión se sustentó en lo establecido en el artículo 84 del Decreto Distrital 714 de 1996, o régimen de presupuesto de Bogotá, que al referirse a los rendimientos de inversiones financieras obtenidas con recursos del Distrito establece que “...si se causan pertenecen a éste y en consecuencia deberán consignarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de liquidación, en la Tesorería Distrital”, hecho que en el presente caso no se cumplió.

9. De lo anterior concluyó la Contraloría que “a 9 de noviembre de 1998, el contratista tenía en su poder dineros públicos en cuantía de \$665´263.903.85 conformados por \$521´378.699.00 (anticipo) + \$143´885.204.85 (rendimientos), a lo cual le descontó la

suma de \$41'710.295.92 equivalentes al 4% de utilidad propuesta por el contratista en su oferta y aceptada por la entidad... y devolvió la suma de \$479'668.403.10... conforme a lo dispuesto en la resolución por la cual se adoptó la liquidación unilateral, dejando de entregar la suma de \$143'885.204.85”.

Explicados los anteriores fundamentos con base en los cuales la Contraloría Distrital determinó la responsabilidad fiscal del aquí demandante, la entidad prosigue refiriéndose a las razones por la cuales se opone a la presente acción de tutela.

Al respecto señala que la acción de amparo, por diseño constitucional, no procede cuando la persona cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, salvo cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Lo anterior implica que, en caso de que demandante cuente con otro mecanismo alternativo para obtener la protección de sus derechos, por la vía de tutela debe acreditar la existencia de tal perjuicio irremediable, noción que ha sido precisada por la jurisprudencia de esta Corporación en diversos pronunciamientos, pero en especial en la Sentencia T-225 de 1993, que la Contraloría cita in extenso. Agrega que si se tiene en cuenta que los actos administrativos a través de los cuales se fijó responsabilidad fiscal en cabeza del demandante pueden discutirse por la vía contenciosa, en donde además puede pedirse su suspensión provisional y su nulidad, no resulta claro cuál es el daño que se puede estar causando al accionante.

Prosigue la Contraloría indicando que en el presente caso la demanda se fundamenta en la consideración según la cual esa entidad habría revocado unos actos preferidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, en donde se liquidaba el contrato y se ordenaba la devolución del anticipo sin los rendimientos financieros. Frente a esta posición, la Contraloría sostiene que nunca ha revocado tales actos administrativos, sino que su actuar sólo se ha orientado a dar cumplimiento a lo mandado por el artículo 4 de la Ley 42 de 1993, conforme al cual el control fiscal es “una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”. (Resalta la Contraloría).

La Contraloría entonces refuerza su argumentación citando jurisprudencia vertida por esta Corporación, relativa al correcto manejo de los anticipos entregados por entidades públicas¹.

Finalmente, la Contraloría sostiene que al demandante no se ha vulnerado el derecho al debido proceso, pues las decisiones relativas a su responsabilidad fiscal se adoptaron dentro del correspondiente trámite administrativo, en donde tuvo a su alcance todos los medios de defensa, expuso todos los argumentos que estimó pertinentes, aportó pruebas, tuvo a su disposición varias instancias, etc.

Con fundamento en lo anterior, la Contraloría solicita al juez de tutela denegar la solicitud de amparo formulada por el demandante.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el plenario las siguientes pruebas documentales:

1. Poder para actuar a nombre del demandante.
2. Copia simple del fallo de responsabilidad fiscal N° 001 de 2004, proferido por la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Distrital de Bogotá dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 43299.
3. Copia simple del Auto proferido por la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Distrital de Bogotá, por el cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de enero 30 de 2004, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 43299.
4. Copia el concepto emitido por el doctor Guillermo Benavides Melo, relativo a los hechos que motivan la presente demanda. En este concepto, se cita jurisprudencia del h. Consejo de Estado que da a entender que el anticipo forma parte del precio del contrato, por lo cual sería de propiedad del contratista y no de la entidad contratante.
5. Fotocopia de las resoluciones 11974 de 1998 y 11927 del mismo año, preferidas por la Vicepresidencia Administrativa de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.
6. Copia del acta de liquidación del contrato 3405 de 1994.
8. Certificado de existencia y representación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa

Fe de Bogotá S.A. E.S.P.

9. Poder para actuar a nombre de la demandada.

10. Auto por el cual se decide si se imputa responsabilidad fiscal o se archiva el proceso 43299, proferido por la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Distrital de Bogotá el 31 de octubre de 2002.

4. Pruebas solicitadas por el demandante

En el escrito de demanda el actor solicita al juez de tutela oficiar a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá a fin de que remita copia de las resoluciones 11582 de 1998 y 11491 de 1997, con constancia de notificación y ejecutoria; y a la contraloría Distrital para que remita toda la actuación que dio origen al fallo de responsabilidad fiscal. También solicita que se oficie a la Alcaldía Mayor de Bogotá para remita el Decreto 714 de 1996 y que se decrete la prueba testimonial de los señores Fernando Varela y José Wilmer Varela, sobre la actividad profesional del demandante.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá el diez (10) de noviembre de 2004.

Mediante Sentencia proferida el diez (10) de noviembre de 2004, el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá resolvió negar la acción de tutela presentada por señor Jairo Enrique Varela Fiholl en contra de la Contraloría de Bogotá. En sustento de esta decisión, consideró que la acción de tutela no precedía cuando existieran otros medios de defensa judiciales, salvo que se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y que en el caso que ocupaba su atención, el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, que regula que el proceso de responsabilidad fiscal, establecía que “en materia de responsabilidad fiscal solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el acto administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre firme.” Así, en principio, la existencia de esta acción descartaba la procedencia de la acción de tutela, salvo que estuviera de por medio la posibilidad de que se configurara un perjuicio irremediable.

Se preguntó entonces el a quo si en el presente acaso se constituía un perjuicio irremediable de cara a los derechos al debido proceso, al buen nombre y al trabajo que el demandante aducía vulnerados, y al respecto consideró que en relación con la inminencia del daño, el peticionario alegaba que la decisión de la Contraloría le impedía ejercer su trabajo, ya que no podía ser contratista ante ninguna entidad oficial.

Empero, revisados los actos administrativos emitidos por la Contraloría, el despacho observó que ellos se acomodaban a la ley, y que si bien dentro del proceso se habían presentado diferencias en torno a la interpretación de diversas normas y sobre el carácter público de los dineros entregados en calidad de anticipo, ello no configuraba una vía de hecho como lo alegaba el demandante.

De esta forma, la divergencia interpretativa que se presentaba debía ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo.

2. Impugnación de la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá

La anterior Sentencia fue oportunamente impugnada por el apoderado judicial del demandante, con fundamento en los siguientes argumentos:

b. Si bien existen las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, también es cierto que esta clase de procesos tienen una duración entre cinco y diez años.

c. La Corte Constitucional ha hecho ver que cuando los actos administrativos contienen una decisión ejecutoria, en cuanto conlleven la violación o amenaza de vulneración de un derecho constitucional, pueden ser atacados a través de la acción de tutela utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por eso se ha dicho que la acción no es sólo un mecanismo subsidiario, sino también excepcional.²

d. Por lo anterior, en el caso concreto las acciones contenciosas no excluyen que proceda la acción de tutela, pues si dentro del proceso contencioso se decretara la indemnización de perjuicios como consecuencia de la nulidad de las actuaciones de la Contraloría, ello no sería suficiente, debido que al ser incluido el demandante en la lista de inhábiles para contratar, los perjuicios no serían cuantificables, puesto que se estaría en presencia de meras

expectativas de negocios.

e. Las decisiones de la Contraloría desconocen que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. El Decreto 714 de 1996, que sirve de fundamento a la decisión de la Contraloría, no había entrado en vigencia para la fecha de celebración del contrato. La aplicación de normas posteriores por parte de la administración es una evidente y vulgar vía de hecho.

3. Sentencia proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá el veinte (20) de enero de 2005.

Mediante Sentencia proferida el veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005), el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá decidió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá.

Para adoptar esta decisión consideró era de la técnica hermenéutica “que en las decisiones de la Jurisdicción Constitucional, el análisis de los hechos, su demostración probática y las inferencias lógicas”, estuvieran enmarcadas únicamente en normas de carácter constitucional, “sustrayendo el estudio de la actuación de los entes públicos (ya veces personas privadas) de una referencia a Leyes y decretos y otras normas de inferior categoría.”

En el caso de autos, el debate promovido por el actor se enmarcaba precisamente en ese plano: la aplicación de normas y disposiciones legales. Por tal razón, era claro que para su definición se había creado la jurisdicción contencioso administrativa, a quien le correspondía decidir si la actuación de la Contraloría se había ajustado o no a las normas legales vigentes y aplicables.

En cuanto al supuesto perjuicio irremediable que justificaría la procedencia de la acción, el juez de segunda instancia estimó, que efectivamente la decisión de la Contraloría causaba perjuicios patrimoniales y laborales al actor, pero que los mismos no obedecían a una actuación caprichosa, arbitraria o legal de la entidad fiscalizadora, “sino que son derivados de una conducta que se le imputó al Señor VARELA quien no dio cumplimiento a las normas legales que reinan en materia de devolución de anticipos con sus rendimientos financieros, y por lo tanto tiene la obligación de soportar las consecuencias legales de tal situación, no

siendo válido intentar que la acción de tutela supla los recursos ordinarios para la solución de sus conflictos.”

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. La pretensión del solicitante y la posición de la entidad demandada

La responsabilidad que le fue endilgada en la decisión de la Contraloría Distrital implica, además de la devolución de la suma antedicha, la inscripción de su nombre en el boletín de la Contraloría General de la República, lo que impide a la Administración Pública, en todas sus ramas, nominar, dar posesión, o celebrar contratos con él, con grave afectación de sus derechos a la honra, al buen nombre y al trabajo.

La actuación de la Contraloría Distrital cuya legalidad discute el demandante, constituye, a su parecer, una vía de hecho; ello por cuanto en las Resoluciones de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe Bogotá por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de obra civil que no fue ejecutado, únicamente se le impuso la obligación de devolver el anticipo recibido, sin incluir rendimientos financieros; obligación esta que fue cumplida a cabalidad por él. No obstante, la responsabilidad fiscal se le imputó por la Contraloría de Bogotá bajo la consideración según la cual el anticipo entregado pertenecía al Distrito, por lo cual los rendimientos financieros también le correspondían a la Administración y no al contratista, y en tal virtud no los podía retener para sí. A esta conclusión, dice el demandante, llegó la Contraloría con apoyo en normas anteriores al contrato, en especial con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 714 de 1996. Se configura entonces una vía de hecho, pues el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, por lo cual el Decreto

714 de 1996 no hacía parte del contrato que dio origen al proceso de responsabilidad fiscal, dado que había sido celebrado en 1994.

Adicionalmente, se queja el demandante de que en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, la Contraloría aplicó la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, en especial los artículos 60 y 61 de tal Ley³, que regulan la inscripción del declarado responsable en el boletín de la Contraloría General de República, con las consecuencias que ello implica frente a los derechos a la honra, buen nombre y trabajo de los reportados. Nuevamente, dice, se aplicó una ley posterior al contrato que había dado lugar al proceso de responsabilidad fiscal.

Así las cosas, el demandante sostiene que en el proceso de responsabilidad fiscal no se le juzgó conforme a las leyes preexistentes al hecho que se le imputaba, y que tal proceder implica una vía de hecho.

Adicionalmente, la demanda estima que el fallo de responsabilidad fiscal equivale a una revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular proferidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, en los cuales unilateralmente se había liquidado el contrato y ordenado devolver el valor del anticipo recibido, previa deducción de la utilidad prevista en la oferta, sin incluir los intereses financieros producidos por el anticipo mientras estuvo en poder del contratista.

2.2 La Contraloría por su parte arguyó que las condiciones pactadas en el contrato indicaban claramente que el anticipo pertenecía al Distrito y no al contratista, por lo cual los rendimientos financieros del mismo no podían ser retenidos por éste. En efecto, las cláusulas relativas al pago del anticipo señalaban que éste equivalía al 50% del valor total del contrato, que se amortizaría en cuotas iguales al 50% de cada una de las actas de corte mensual según el avance de la obra, y que implicaba la obligación de constituir a favor de la Empresa una póliza de garantía de buen manejo; dichas cláusulas, además, permitían a la empresa efectuar la revisión del correcto manejo del anticipo, señalaban que sin autorización del interventor no podría el contratista disponer de los materiales adquiridos para fines distintos de las obras del contrato si habían sido adquiridos del fondo del anticipo, y que periódicamente debería enviarse a la división de Planta Física, debidamente conciliado, el

libro de manejo del anticipo con sus respectivos soportes.

Por lo anterior, las cláusulas del contrato obligaban al contratista a dar a conocer los movimientos llevados a cabo con el anticipo, incluso en circunstancias como las que se dieron en el presente caso, en donde por razones ajenas a la voluntad del demandante, el contrato no pudo ser ejecutado.

Adicionalmente, la Contraloría estableció el carácter público del anticipo a partir de diversas disposiciones, en especial del instructivo de la Contaduría General de la Nación contenido en la Resolución 444 de 19954, y al artículo 84 del Decreto Distrital 714 de 1996, o régimen de presupuesto de Bogotá.⁵ Con fundamento en esas consideraciones, sostiene que a la Administración no le correspondía reconocerle al contratista intereses o rendimientos financieros sobre el anticipo otorgado, y que los mismos debían ser reintegrados a la empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

De otro lado, frente a la procedibilidad de la presente acción, la Contraloría Distrital recuerda las normas superiores y la jurisprudencia de esta Corporación relativa a la subsidiariedad de la acción, excepto cuando se encuentra de por medio la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable respecto de los derechos fundamentales de demandante. Dado que actos administrativos a través de los cuales se fijó responsabilidad fiscal en cabeza del demandante pueden discutirse por la vía contenciosa, en donde además puede pedirse su suspensión provisional y su nulidad, para la Contraloría no resulta claro cual es el daño que se puede estar causando al accionante.

2.3. Así pues, mientras el demandante considera que el anticipo le pertenecía y que por lo tanto podía disponer de los rendimientos financieros que produjo mientras estuvo en su poder, la Contraloría sostiene que tal anticipo, según se desprendía de las cláusulas contractuales y de ciertas disposiciones legales, pertenecía a la entidad contratante, por lo que los rendimientos financieros también debían haberle sido reintegrados. Adicionalmente, el demandante sostiene que las normas en que se apoyó la Contraloría para establecer la condición pública del anticipo y para disponer su inclusión en el Boletín de la Contraloría eran posteriores al contrato, por lo cual su aplicación se erige en una vía de hecho.

De esta manera, correspondería a la Sala establecer si la Contraloría incurrió en vía de hecho dentro del proceso de responsabilidad fiscal que siguió en contra del demandante. Y si

encontrara que ello fue así, ordenar la suspensión en la aplicación de los actos de la Contraloría que fijaron la responsabilidad fiscal.

3. Presupuestos procesales de la acción de tutela en el presente caso

3.1 Como cuestión previa, debe la Corte abordar el asunto de la procedencia de la presente acción, lo cual exige verificar que no exista otro mecanismo de defensa judicial. Salvo que, existiendo ese otro medio, su comprobada ineficacia para el caso lleve a hacer admisible la acción de amparo, o que ésta se haya interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así pues, antes de entrar a verificar si en el presente caso efectivamente se dio o no un desconocimiento de los derechos fundamentales que menciona la demanda, es necesario que la Sala precise si el demandante tenía o tiene otros mecanismos de defensa judicial a su alcance, que desplacen a la acción de tutela para efectos de lograr la protección de derechos que impetra.

Ciertamente, la jurisprudencia ha hecho ver que “el carácter subsidiario de la acción de tutela a que se refiere el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, ... supone que ella no procede en lugar de otra acción existente para los mismos efectos, ni al tiempo con la misma, o después de ella. Solamente procede a falta de la otra acción. De ahí que la acción no pueda utilizarse para reemplazar otros medios de defensa, para adicionarse coetáneamente a ellos, como instancia posterior cuando han sido utilizados, como recurso contra providencias de otros procesos, o como recurso para resucitar términos procesales prescritos o caducados. La anterior la utilización de la acción para cualquiera de los mencionados propósitos llevaría al desconocimiento de ciertos principios constitucionales, tales como el del non bis in idem, el de cosa juzgada, el de independencia judicial, el de juez natural, o el de seguridad jurídica”⁶

3.2. En el presente caso, como arriba se dijo, la actuación que motiva la presente demanda se dio dentro del trámite de un proceso de determinación de responsabilidad fiscal seguido por la Contraloría Distrital de Bogotá en contra del demandante, proceso de naturaleza administrativa que naturalmente culmina con un acto administrativo que, en cuanto tal,

puede ser objeto de los recursos en la vía gubernativa, y que así mismo puede ser impugnado ante la Jurisdicción en lo contencioso administrativo⁷.

Ahora bien, la Sala observa que lo que alega el demandante, esto es que dentro de ese trámite la Contraloría incurrió en vía de hecho por haber decidido, con apoyo en normas anteriores al contrato que dio origen a la investigación, que él había retenido indebidamente los rendimientos producidos por el anticipo que le había sido entregado para la ejecución de una obra que nunca llegó a construirse, bien puede discutirse por la misma vía administrativa ante la misma Contraloría, como de hecho ya lo hizo el demandante, y posteriormente ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las previsiones del artículo 59 de la Ley 610 de 2000, cuyo tenor dice:

“Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.”

Así pues, parece evidente que para debatir la legalidad de la actuación de la Contraloría, el demandante tuvo y aun tiene mecanismos de defensa judicial a su alcance, uno de los cuales ya utilizó y otro no. Ciertamente, destaca la Sala que para el momento de interposición de la presente acción de tutela, esto es para el 21 de octubre de 2004, habían transcurrido pocos días de proferido el auto por medio del cual se había resuelto el recurso de apelación interpuesto por el aquí demandante en contra de del fallo que determinó su responsabilidad fiscal, auto fechado el 30 de agosto de 2004, con constancia de ejecutoria que obra dentro del expediente⁸. Esta circunstancia pone en evidencia que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁹, para la fecha en que se intentó la presente acción el demandante tenía la posibilidad de incoar no sólo la acción de nulidad, sino también la de nulidad y reestablecimiento del derecho, esta última con vocación indemnizatoria. No obstante, optó por acudir ante la jurisdicción constitucional por la vía de la acción de tutela, sin que obre en el expediente prueba alguna de haber acudido, hasta ahora, a la jurisdicción contenciosa.

De esta manera, en principio la presente acción no resulta ser procedente, pues, como arriba

se dijo, ella no fue establecida como instancia alterna, paralela o coetánea con los mecanismos ordinarios de defensa judicial. Ciertamente, lo que el demandante alega ante la jurisdicción constitucional (la existencia de una vía de hecho en la actuación de la Contraloría), puede ser planteado dentro del proceso administrativo de nulidad que inicie ante la jurisdicción contenciosa.

3.3 Sin embargo, como es sabido, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial desplaza a la acción de tutela. La primera se presenta cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución, arriba citado. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de esta Corporación.¹⁰ En efecto, sobre el particular ha dicho:

“En los eventos en que el ordenamiento jurídico tenga previsto un mecanismo ordinario de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional tiene definido que el juez de tutela tendrá en cuenta, a partir de las consideraciones especiales del caso, dos aspectos a saber: 1º) la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial; y, 2º) los elementos del perjuicio irremediable.

El medio ordinario de defensa judicial debe ser eficaz e idóneo para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Tal grado de eficacia se aprecia en concreto, en atención a las circunstancias en que se encuentre el solicitante y de los derechos constitucionales involucrados¹¹.

Para la Corte, “La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo -carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso -y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los

derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios”12.”13

Así las cosas, de conformidad con lo anterior la Sala estudiará si, a pesar de haber mediado mecanismos de defensa ya utilizados por el actor en sede administrativa y de tener expedita ahora la vía contenciosa, la acción de tutela pudiera llegar a ser procedente (i) como mecanismo definitivo por la ineficacia comprobada del mecanismo judicial alternativo, o (ii) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.4 La eficacia del mecanismo alternativo existente en el caso presente:

La Sala estudiará en primer lugar la eficacia del mecanismo alternativo existente, a fin de establecer si la presente acción podría llegar a ser procedente como mecanismo definitivo, por la acusada ineficacia de aquel con el que todavía cuenta. A este efecto, reitera lo dicho en la Sentencia C-162 de 1998, en donde la Corte afirmó que “la efectividad del medio alternativo de defensa frente a la acción de tutela debe ser examinada en concreto. En otras palabras, no basta que el otro medio de defensa se encuentre plasmado, en forma abstracta, en el ordenamiento jurídico, sino que debe, además, ofrecer la posibilidad de que, por su conducto, sea posible el restablecimiento cierto y actual de los derechos fundamentales que el demandante considera han sido amenazados o vulnerados.”

3.5 En el presente caso, el mecanismo de defensa judicial alternativo de que dispone el demandante se encuentra consagrado en el artículo 59 de la Ley 610 de 2002, arriba transcrito, y es regulado por los artículos 84, 85, 135 y siguientes del Código Contencioso Administrativo. Esta regulación, congruentemente con lo dispuesto por el artículo 238 de la Constitución Política¹⁴, permite que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pueda ir acompañada de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado.¹⁵ Esta circunstancia, ha dicho la jurisprudencia, “hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto.”¹⁶

3.6 Ahora bien, explicando las razones por las cuales la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, la Corte ha explicado

lo siguiente:

“7.- Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:

‘Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos’. (Negrillas fuera del original.”¹⁷

Y en similar sentido, ha vertido estas consideraciones:

‘(...) la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela”. (Negrillas fuera del original)¹⁸

3.7 Ahora bien, la vía alterna de que dispone en demandante, en las circunstancias concretas del caso presente, incluye la posibilidad de utilizar un mecanismo complementario suficientemente eficaz para la pronta protección de sus derechos, como lo es la solicitud de suspensión provisional, que debe ser resuelta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa al admitir la demanda. Ciertamente, si la actuación de la Contraloría Distrital resulta vulgar y manifiestamente contraria a la ley, como lo denuncia el demandante, y si su ejecución le causa un perjuicio que pueda demostrarse al menos sumariamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podrá tomar pie en tales circunstancias y acompañarse de la solicitud de suspensión provisional, en los términos en que lo permite el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.¹⁹ La decisión sobre la suspensión pedida debe producirse de inmediato en el caso de ser concedida, por lo cual la prontitud de este mecanismo lo hace eficaz para la protección de los derechos del demandante.

3.8 Ahora bien, no ignora la Sala que la jurisprudencia ha estimado que la posibilidad de decretar la suspensión provisional dentro del ejercicio de la acción contenciosa de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho no desplaza en todos los casos a la acción de tutela. Ciertamente, debe recordarse que la Corte ha estimado que los fines que persigue la suspensión provisional, y la estructura procesal del mecanismo, difieren de la acción de tutela, por lo cual no resultan excluyentes. En efecto, sobre el particular ha lo siguiente:

“A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:

La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas

que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

No fue la intención del Constituyente ni la del Legislador consagrar una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, pues ambas operan y tienen finalidades diferentes. Por el contrario, en razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales.

No puede pensarse que el legislador al regular un mecanismo de protección de los derechos en un momento dado, automáticamente elimine o excluya otros instrumentos de amparo, pues pueden existir instrumentos de protección simultáneos y concurrentes, si ellos, a juicio del legislador, conducen a la finalidad constitucional de lograr la efectividad de aquéllos.

La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que

debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia.

La acción de tutela que como se dijo antes prevalece sobre la acción contenciosa administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes.

3.9 Así pues, por cuanto la suspensión provisional decretada dentro de un proceso contencioso administrativo persigue la protección de derechos que no necesariamente son de rango constitucional, sino que pueden ser tan solo de estirpe legal, y porque la estructura del proceso de tutela y la del mecanismo de la suspensión provisional administrativa difieren, siendo más amplia la de la acción de tutela, y por lo tanto más apta para que el juez constitucional pueda entrar a proteger los derechos fundamentales implicados, la suspensión provisional prevista en el proceso contencioso administrativo y la acción de tutela, no necesariamente se excluyen.

Empero, de lo anterior se colige que, para que la acción de tutela no sea desplazada por el mecanismo de la suspensión provisional decretada en proceso contencioso, es necesario que ciertamente se presente la necesidad urgente de amparar un derecho de rango constitucional y no legal, asunto que debe ser verificado cuidadosamente por el juez al establecer la procedibilidad de la acción de amparo.

3.10. Ahora bien, la Sala estima que en el caso que ocupa su atención, la posibilidad de

solicitar y obtener la suspensión provisional, por la vía administrativa, de la actuación de la Contraloría Distrital cuya legalidad discute el demandante sí determina la improcedencia de la acción de tutela, y ello se debe a que, como se explicará en las líneas siguientes, el debate jurídico cuya resolución se le pide al juez constitucional es de rango meramente legal, amén de que no están claramente presentes los elementos que establecen la estructuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de amparo. Pasa la Sala a explicar lo anterior:

La presente acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.11. No obstante haber comprobado que existe otro mecanismo de defensa judicial para proteger los derechos del demandante, según lo prescribe el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela como mecanismo transitorio podría llegar a proceder, si se diera la estructuración de un perjuicio irremediable.

Sobre esta última noción, esta Corporación reiteradamente ha dicho que el perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente de que se produzca de manera cierta y evidente un daño grave sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existirá forma de reparar. En relación con este asunto, la Corte se ha pronunciado en estos términos:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

“A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio. “20

3.12 Vistos los rasgos característicos de la noción de “perjuicio irremediable”, la Sala estima que en el presente caso no se cumplen las circunstancias que estructuran tal noción. Ello por varias razones que pasa a explicar:

a. No está de por medio la amenaza o riesgo inminente de vulneración de un derecho fundamental: En el presente caso, la demanda pretende discutir ante el juez constitucional actuaciones administrativas que ya se surtieron, y que a la fecha se encuentran ejecutoriadas, como consta dentro del expediente. De esta forma, eventualmente podría estarse en presencia del desconocimiento ya consumado del derecho al debido proceso administrativo que alega el demandante, pero de cualquier manera no se trataría de una amenaza de tal derecho. Esta circunstancia haría improcedente la acción, pues el perjuicio irremediable, según se acaba de exponer, implica la presencia de un “riesgo” o “amenaza inminente”, esto es, la que “está por suceder prontamente”. En efecto, la Corte ha precisado que “la acción de tutela como mecanismo transitorio es improcedente cuando se ha consumado la vulneración del derecho, esto es, que no hay perjuicio irremediable cuando no es viable la protección in natura del derecho fundamental. Al respecto, en la sentencia SU-544-01 expresó que “Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación”21.22

Concretamente, cuando el derecho fundamental que se invoca es el debido proceso administrativo, y el presunto desconocimiento del mismo ya se ha consumado, existiendo de otro lado las acciones contenciosas, en la Sentencia en cita se explicaron de la siguiente manera las razones por las cuales en esa situación la acción de tutela no resulta procedente:

“En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas. Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela.

“Sobre este aspecto, en Sala de Unificación se señaló que “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho. Debe tenerse presente que si bien la Carta autoriza, de manera hipotética, la tutela como mecanismo transitorio frente a todo derecho fundamental, no puede perderse de vista la naturaleza propia del derecho en cuestión, en particular su núcleo esencial, del que se desprende que el desconocimiento de cualquier etapa o procedimientos supone su violación. (...) En suma, frente al hecho consumado que constituye un eventual daño, no cabe tutela como mecanismo transitorio”^{23.}²⁴ (Negrillas fuera del original)

b. El problema que se debate no es de rango constitucional: Aunque el demandante alega que le ha sido desconocido el derecho al debido proceso, por cuanto a su parecer la actuación de la Contraloría Distrital consistente en la aplicación de normas posteriores al contrato para deducir su responsabilidad fiscal es una evidente y vulgar vía de hecho, lo cierto es que en el fondo el meollo del problema jurídico radica en la discusión legal y doctrinal acerca de la naturaleza del anticipo entregado al contratista en un contrato para la

ejecución de civil, en la libertad o en las restricciones que tenía para administrarlo, en las cuentas que sobre su gestión debía rendir a la entidad contratante, etc., asuntos todos estos que se definen por lo que al respecto diga la ley pertinente, y lo que se señale de manera particular en el contrato que se haya suscrito. Se trata pues de asuntos de rango legal y aun contractual, pero de cualquier manera no constitucional, como los que son propios de definir por la vía de amparo. En tal virtud, su solución no compete al juez de tutela, sino al juez ordinario, pues el artículo 84 Código Contencioso Administrativo menciona, entre las causales por las cuales los actos administrativos deben ser declarados nulos, el que éstos “infrinjan las normas en que deberían fundarse”. Recuérdese que en cuanto a la posibilidad que tiene el juez de tutela de pronunciarse sobre litigios que surjan de la interpretación de textos legales, la Corte ha considerado que, “al juez de tutela, cuando se está frente a una tutela interpuesta como mecanismo transitorio, le estaría vedado inmiscuirse en la interpretación de textos legales pues, naturalmente, se trata de un asunto que compete resolver en el proceso ordinario. Cosa que no ocurriría en caso de tutela como mecanismo definitivo, por cuanto es de su esencia la inexistencia de otro medio judicial de defensa”.²⁵ Y en el mismo sentido, pero en relación con la interpretación de contratos, la jurisprudencia ha dicho:

“el juez constitucional, cuando analiza la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, no puede desplazar al juez del contrato para realizar análisis de fondo sobre la materia específica, si, como en este caso, son aspectos de carácter legislativo los que están en discusión.”²⁶ (Negrillas y subrayas fuera del original)

3.13 Ahora bien, en cuanto a los demás derechos que el demandante estima que le han sido desconocidos por la actuación de la Contraloría, actuación que él califica de ilegal, la presunta violación se produciría como una consecuencia del desconocimiento al derecho al debido proceso. Es decir, si la actuación administrativa no fuera ilegal, el desconocimiento de esta última serie de derechos tampoco se daría. En efecto, lo que dice la demanda es que la Contraloría procedió ilegalmente al momento de deducir su responsabilidad fiscal, y que como consecuencia del fallo que así se produjo fue inscrito en el Boletín de la Contraloría General, lo que le impide participar en licitaciones públicas y tomar posesión de cargos públicos, por lo cual su derechos al buen nombre, la honra y al trabajo también han sido desconocidos.

Empero, en el presente caso el juez constitucional no puede establecer la procedencia de la tutela para la protección inmediata de esta última serie de derechos, pues para ello tendría que entrar a desplazar al juez ordinario en la decisión del conflicto legal y contractual que se ha presentado. Es decir, el amparo de los derechos al buen nombre, a la honra y al trabajo está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Como frente a este derecho en este caso la tutela es improcedente, frente a aquellos igualmente lo es.

Todo lo anterior, es decir el hecho de que no estén presente la amenaza o riesgo que constituye elemento de la noción de perjuicio irremediable, y que la discusión jurídica verse en torno de asuntos de rango legal y no constitucional, aunado a que el medio judicial ordinario - acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho - contempla un mecanismo pronto de suspensión de la actuación administrativa cuya legalidad discute el demandante, como es el decreto de suspensión provisional, llevan a la Sala a determinar en el presente caso la improcedencia de la acción de tutela aquí intentada.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: Confirmar la Sentencia proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo: Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

EN COMISION

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión de servicios en el exterior debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SECRETARIA GENERAL

1 Se cita un aparte de la sentencia C-543 de 1992

2 Se citan apartes de la sentencia T-158 de 1999.

3 Ley 610 de 2000. Artículo 60. Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

4 Instructivo conforme al cual la contabilidad de la entidad pública debe registrar una cuenta por cobrar que represente los valores entregados por adelantado a los contratistas o proveedores para la ejecución de obras.

5 Este artículo al referirse a los rendimientos de inversiones financieras obtenidas con recursos del Distrito establece que "...si se causan pertenecen a éste y en consecuencia deberán consignarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de liquidación, en la Tesorería Distrital", hecho que en el presente caso no se cumplió.

6 Sentencia T- 1203 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Sobre el tema, consúltense, entre otras, las Sentencias C- 557/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1159/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C- 832/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Ver folios 138 a 152.

9 “Artículo 136. Caducidad de las acciones.

1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

...”

10 Cf, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 y SU-961 de 1999.

12 Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

13 Sentencia SU- 1070 de 2003.

14 CONSTITUCIÓN POLPITICA. ARTICULO 238. 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.

15 Cf. código contencioso Administrativo, artículos 152 y siguientes.

16 Sentencia SU -554 de 2001, M.P Eduardo Montealegre Lynett

17 Sentencia T-533 de 1998 MP. Hernando Herrera Vergara.

18 Sentencia T-127 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

19 Artículo 152. Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor

20 Corte Constitucional. Sentencia T-225-93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en diferentes ocasiones, como son las sentencias T-789-00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-544-01, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-803-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis; T-882-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-922-02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

21 Sobre este aspecto ver también, por ejemplo, las sentencias SU-1122-01 y T-662-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

22 Sentencia SU-1070 de 2003, M.P., Jaime Córdoba Triviño.

23 Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Subrayado fuera de texto.

24 Ibidem.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-666-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

26 Sentencia SU-1070 de 2003, M.P., Jaime Córdoba Triviño