

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional

Por regla general, la acción de tutela es improcedente como medio principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros medios de defensa para su defensa; procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo y ordenar que el mismo no se aplique mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para resolver controversias contractuales

La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, reseñada en el punto anterior, se aplica frente a las decisiones adoptadas en la contratación estatal, razón por la cual, los afectados deben ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

La acción de tutela no procede, para impugnar todos aquellos actos proferidos antes de la celebración del contrato, porque para ello se dispone de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, a la que puede acudir el afectado dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Excepcionalmente podría proceder el amparo constitucional como mecanismo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio ius fundamental irremediable, con evidente repercusión sobre los derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia por no demostrarse perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-3.462.000.

Demandado: Aeronáutica Civil.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, el veintinueve (29) de noviembre de 2011 y el trece (13) de febrero de dos mil doce (2012), respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Miguel Ángel Castillo Castillo y otros, impetraron acción de tutela en contra de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -AEROCIVIL-, con la finalidad de que se les protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, que considera vulnerados por la negativa de dicha entidad de prorrogar el contrato de concesión a la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A., en adelante ACSA, para administrar y explotar económicamente el aeropuerto Ernesto Cortizcos de Soledad -Atlántico-.

2. Reseña fáctica

Los peticionarios fundamentan la acción de tutela en los siguientes hechos:

2.1. En desarrollo de la licitación 018 de 1995, por medio de la Resolución número 0562 del 2 de octubre de 1996, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, adjudicó por espacio de 15 años a la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. (ACSA) la concesión para

administrar y explotar económicamente el Aeropuerto Ernesto Cortizos, ubicado en Soledad -Atlántico-.

2.2. En la cláusula cuarta del mencionado contrato, se estipuló que el mismo podrá ser prorrogado a la terminación del plazo inicialmente previsto, por el término y en las condiciones que permitan las disposiciones legales vigentes para el momento de la prórroga, siempre y cuando, a juicio de la AEROCIVIL, el concesionario haya cumplido tanto los compromisos y obligaciones derivadas del contrato, como los índices satisfactorios de eficiencia.

2.3. En las cláusulas quinta y décima tercera del contrato se pactó, en su orden, que el concesionario podrá solicitar la prórroga con una anticipación de 18 meses a la fecha en que se vencían los 15 años de la concesión, es decir, el 28 de febrero de 2012 y, el valor del contrato y su forma de pago.

2.4. Al revisar lo pactado por la AEROCIVIL con la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. (ACSA) en las mencionadas cláusulas del contrato de concesión para administrar y explotar económicamente el Aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad -Atlántico- y lo acordado en las cláusulas tercera, cuarta, quinta y décima tercera del contrato de concesión adjudicado por la citada entidad mediante Resolución del 3 de mayo de 1996 a la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. (SACSA), para administrar y explotar económicamente el Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena, se encuentra que son idénticas.

2.6. La solicitud de prórroga del contrato de concesión elevada por ACSA se tramitó mediante un memorando de entendimiento entre las partes, en el que acordaron estarse a lo decidido por un tercero llamado Asesor Técnico sobre la viabilidad o no de la prórroga, que fue negada mediante Resolución 03252 del 24 de junio de 2010, con fundamento en que (i) el Asesor Técnico determinó que el pago de la contraprestación correspondería a un máximo de 3.48% sobre los ingresos operacionales, lo que “desmotivaba” pactar una prórroga y, (ii) que el control de advertencia formulado por la Contraloría General de la República el 6 de mayo de 2010 y el 2 de junio del mismo año tornaba inconveniente el otorgamiento de la prórroga.

2.7. A la solicitud de prórroga del contrato de concesión celebrado por SACSA y la AEROCIVIL para administrar el Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena se respondió positivamente,

previo trámite de la misma mediante una amigable composición entre las partes, sujetándose a lo decidido por un tercero, con el privilegio de que su concepto podía ser aclarado, modificado u objetado a solicitud de las partes.

2.8. Además, el controvertido hallazgo fiscal de la Contraloría General de la República respecto del contrato de concesión suscrito con ACSA, es inane, debido a que fue archivado mediante auto 1152 del 5 de octubre de 2011, que por demás, no mereció ninguna inquietud a la AEROCIVIL, en lo relacionado con el contrato de concesión celebrado con SACSA, a pesar de que la cláusula décima tercera que trata del pago de intereses es idéntica en ambos contratos.

2.9. A pesar de afrontar dos escenarios económicos equivalentes, mientras que en el caso de Cartagena, la AEROCIVIL decidió modificar el plan de inversiones para que el modelo arrojara una contraprestación positiva, en el de Soledad -Atlántico-, la misma entidad, adoptó una posición completamente rígida, en la que se analizaron escenarios que conducían a obtener los más altos niveles de inversión.

2.10. No se entienden las razones por las cuales en el caso de Cartagena se produjo la prórroga del contrato de concesión y en el de Barranquilla y Soledad -Atlántico-, se negó esa posibilidad, cuando los antecedentes de hecho y de derecho de los contratos de concesión fueron exactamente iguales, se contó con los mismos asesores en los dos procedimientos y las consideraciones jurídicas y técnicas que rodeaban ambos contratos eran equivalentes.

3. Fundamentos de la acción de tutela

Los actores consideran que fueron objeto de discriminación laboral por parte de la AEROCIVIL, en razón a que dos contratos de concesión para la administración de aeropuertos que se encuentran geográficamente alejados por apenas unas decenas de kilómetros y que obedecen a términos esencialmente idénticos, que fueron analizados con el apoyo de los mismos asesores técnicos, condujeron a resultados diametralmente opuestos. De tal manera que mientras la fuerza laboral de SACSA en Cartagena tiene garantizada la continuidad de sus empleos, la comunidad laboral de ACSA en Soledad y Barranquilla, se afectará en la continuidad de la fuente de su empleo, al no prorrogarse la concesión que constituye la única actividad para la cual fue constituida la empresa. Este resultado implica no solo la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo (según el Convenio 111

de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-) y al debido proceso (por no aplicar las leyes preexistentes y por desconocer el principio de confianza legítima), sino que es contrario a las más elementales nociones de justicia y equidad que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. Pretensiones de la acción de tutela

Por lo expuesto, los actores solicitan lo siguiente:

1. Acceder a la protección definitiva de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la entidad demandada y en consecuencia se dejen sin efecto las Resoluciones 03252 del 24 de junio de 2010 y 04415 del 6 de septiembre de 2010 emitidas por AEROCIVIL y, se ordene a dicha entidad, atender la solicitud de prórroga invocada por ACSA y que la misma se desarrolle imparcialmente, sin discriminación alguna, en términos similares a lo ocurrido con SACSA. De la misma manera, se ordene observar el debido proceso, particularmente en cuanto a los aspectos laborales que inciden en ese trámite.
2. En el evento de que no prospere lo pretendido en el punto anterior, piden se suspendan los efectos de las mencionadas resoluciones hasta tanto se pronuncie la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto de la demanda a la que acudirá ACSA.

Lo expuesto, para salvaguardar el bienestar de 251 trabajadores que dependen de igual número de empleos de ACSA, ante el deterioro económico y familiar que sufrirían por la conducta de la AEROCIVIL, con la consecuente vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, integridad personal, vida y educación, motivo por el cual debe accederse al amparo de los mismos, como mecanismo transitorio, mientras se obtiene un pronunciamiento definitivo de las autoridades respectivas.

4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue conocida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla, despacho judicial que por auto del diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), asumió conocimiento y vinculó a la Sociedad Aeropuertos del Caribe -ACSA- y al Ministerio del Transporte. De la misma manera, decidió notificar personalmente a la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil -AEROCIVIL- y a los representantes legales de la Sociedad

Aeropuertos del Caribe -ACSA- y del Ministerio del Transporte.

Mediante apoderado judicial, la AEROCIVIL pidió fuera negada la acción de tutela, con base en que: (i) La prórroga de un contrato de concesión no es un derecho adquirido del concesionario y solo constituye una mera expectativa, cuya facultad de concederla o no, es potestativa y discrecional de la entidad concedente; (ii) por mandato imperativo de la Ley 1150 de 2007 (art. 28), están vedadas para el Estado las prórrogas automáticas de los contratos de concesión; (iii) la negativa de la prórroga del contrato de concesión se fundamentó en el concepto emitido por el Asesor Técnico escogido mediante memorando de entendimiento, así como en el control de advertencia de la Contraloría General de la República por posible detrimento del patrimonio del Estado y el riesgo inminente de pérdida de recursos públicos, afectación del servicio y trasgresión del estatuto contractual con la eventual prórroga; (iv) a pesar de que los contratos de concesión de los aeropuertos de Cartagena y Soledad y Barranquilla coinciden en algunas previsiones contractuales, no puede presuponerse, por ello, que la suerte de uno sea totalmente equiparable a la del otro, debido a que la evaluación de cada contrato está sujeta a su propia dinámica y evolución; (v) la situación laboral de los empleados de ACSA no es del resorte de la AEROCIVIL, en razón a que el plazo de la concesión se pactó a 15 años los cuales vencen el 28 de febrero de 2012, siendo de absoluta responsabilidad de ACSA la ejecución del contrato según se estipuló en la cláusula cuadragésima octava del contrato 001-CON-97; (vi) los actores no tienen legitimación para solicitar la suspensión de los actos administrativos emitidos por la AEROCIVIL, debido a que no tienen vínculo alguno con dicha entidad y, (vii) si los actores consideran que existen irregularidades en la expedición de las resoluciones que negaron la prórroga del contrato de concesión, cuentan con otros medios de defensa judicial y, no demostraron la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela.

4.2. Ministerio del Transporte

El Director Territorial del Atlántico del Ministerio del Transporte, expresó la falta de competencia de esa entidad para manifestarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela, habida cuenta que según lo dispuesto en el Decreto 260 del 28 de enero de 2004, la AEROCIVIL es una entidad especializada de carácter técnico adscrita a ese Ministerio, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que tiene dentro de sus funciones la prestación de los servicios aeronáuticos y le corresponde exclusivamente,

desarrollar y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad.

5. Coadyuvancia de la acción de tutela

El representante legal de la sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. (ACSA), se dirigió al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla con la finalidad de coadyuvar la acción de tutela incoada por los actores, al considerar que con el procedimiento administrativo adelantado por la AEROCIVIL, se vieron afectados sus propios derechos y garantías constitucionales.

Indica que siguiendo el procedimiento dispuesto en la cláusula quinta del contrato, el 2 de septiembre de 2008, ACSA manifestó al Director General de la AEROCIVIL su intención de prorrogar el contrato, a lo que se respondió el 31 de octubre de 2008 que antes de someter a estudio lo solicitado, era necesario presentar el Plan Maestro, el que se entregó el 10 de febrero de 2009.

De manera concomitante con la revisión del Plan Maestro, entre ACSA y la AEROCIVIL el 27 de octubre de 2009 se suscribió un memorando de entendimiento en el que se estableció que ambas partes se apoyarían en un tercero imparcial denominado Asesor Técnico el cual emitiría un concepto que serviría de insumo a las partes para la toma de la decisión de la prórroga del contrato.

Luego de la entrega del concepto por parte del Asesor Técnico, la AEROCIVIL intempestivamente expidió la Resolución 03252 del 24 de junio de 2010, por medio de la cual, de manera unilateral, declaró concluido el memorando de entendimiento y negó la prórroga del contrato, con fundamento en que el Asesor Técnico conceptuó respecto de que (i) no es posible una contraprestación negativa en la que la AEROCIVIL aporta recursos al concesionario, debido a que no existen combinaciones viables bajo el plazo máximo que permita la ejecución de la totalidad de las obras del plan de modernización y expansión; (ii) el escenario del mayor plazo de 9 años permitido por la ley para una eventual prórroga, para que exista contraprestación de la sociedad concesionaria a la entidad pública concedente, algunas obras no podrían exigirse y, (iii) la existencia de un control de advertencia realizado por la Contraloría General de la República a la AEROCIVIL sobre un eventual detrimento del patrimonio público, en caso de seguirse con el procedimiento establecido en el memorando

de entendimiento.

En contra de la decisión emitida se acudió en recurso de reposición¹, que fue resuelta por el Director General de la AEROCIVIL mediante Resolución 04415 del 6 de septiembre de 2010, confirmando el contenido del acto administrativo recurrido.

Los mencionados actos administrativos son violatorios del bloque de legalidad y de constitucionalidad, por las siguientes razones: (i) el concepto del Asesor Técnico se interpretó de manera equivocada y el control de advertencia realizado por la Contraloría no reconoce la existencia de la realidad contractual; (ii) se desconoce, respectivamente, el respeto de los actos propios y la buena fe, así como el debido proceso, porque la AEROCIVIL negó la prórroga del contrato con fundamento en el control de advertencia que le hizo la Contraloría, cuyas razones fueron controvertidas por la propia AEROCIVIL (pero no por ACSA porque no se las pusieron en su conocimiento), que a la postre sirvieron para que se archivara el proceso de responsabilidad fiscal que se había iniciado; (iii) se desconoció el derecho a la igualdad, en razón a que frente a situaciones similares, se prorrogó el contrato a la concesionaria del aeropuerto de Cartagena y no a la de Soledad y Barranquilla; (iv) como consecuencia de tal discriminación por parte de la AEROCIVIL, ACSA no podrá continuar con el ejercicio de su objeto social y por ello le es imposible seguir ejecutando su actividad económica en calidad de concesionario para la operación del aeropuerto, debiendo liquidarse y por consiguiente terminar los 251 contratos con personas con las que tiene vínculos laborales o de otra índole, que constituye la única fuente de su subsistencia, dentro de las cuales se encuentran mujeres cabeza de familia y prepensionados y, (v) luego del procedimiento antes descrito, la AEROCIVIL no ha iniciado el proceso licitatorio respectivo para la adjudicación de la operación del aeropuerto, lo que permitirá transferir parte importante del personal que labora en ACSA.

Por los motivos expuestos, solicita que se acojan las pretensiones formuladas por los actores en la solicitud de protección constitucional.

6. Pruebas practicadas por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla

Mediante providencia del 25 de noviembre de 2011², el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla resolvió: (i) hacer comparecer a los accionantes para que depongan sobre los hechos que rodean la acción de tutela; (ii) oficiar a la Contraloría General de la

República, para que en el término de la distancia informe si los controles de advertencia realizados a la AEROCIVIL el 6 de mayo y 2 de junio de 2010, respectivamente, sobre un eventual detrimento patrimonial, se encuentran vigentes o si por el contrario, fueron dejados sin efecto. Además, informe si el auto 001152 del 5 de octubre de 2011, se encuentra ejecutoriado; (iii) oficiar a la Procuraduría General de la Nación, para que en el término de la distancia informe si con base en los mencionados controles de advertencia realizados por la Contraloría a la AEROCIVIL, se ha iniciado alguna actuación por parte de esa entidad y, (iv) citar al representante legal de la Sociedad Aeropuertos del Caribe -ACSA- para que en el término de la distancia acuda a rendir declaración jurada.

6.1. Declaración rendida por los accionantes

Los actores comparecieron al despacho judicial y rindieron declaración³ que puede sintetizarse así: (i) son trabajadores de la empresa ACSA; (ii) siempre fueron informados por el Presidente y el Gerente de la empresa sobre el trámite de la solicitud de prórroga del contrato de concesión; (iii) la negativa de la prórroga del contrato afecta a 251 familias que van a dejar de percibir ingresos y por lo tanto se vulnera el derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social y a la salud, porque se les informó que laborarían hasta el 28 de febrero de 2012. Dentro de los trabajadores se encuentran madres y padres cabeza de familia y personas a punto de pensionarse y, (iv) se desconoce la decisión final de la Contraloría General de la República sobre el archivo de las diligencias que dieron lugar al control de advertencia, porque con fundamento en esa razón no se concedió la prórroga del contrato de concesión.

6.2. Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación

6.3. Representante legal de la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A.

Antonio de Jesús Rasch, en su condición de suplente del Presidente de la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA- rindió declaración ante el despacho judicial de instancia, en la que indicó: (i) tuvo conocimiento del control de advertencia realizado por la Contraloría General de la República, pero el mismo no fue obstáculo para que la AEROCIVIL negociara la prórroga con la concesionaria de Cartagena; (ii) se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso. El primero, en razón a que existiendo contratos gemelos con la concesionaria de Cartagena, no ocurrió lo mismo con la de Soledad y Barranquilla y, el

segundo, habida cuenta que no se valoró el hecho de que la Contraloría General de la República archivó el control de advertencia que fue uno de los motivos que originó la negativa de la prórroga del contrato y, (iii) la negativa de la AEROCIVIL en la prórroga del contrato de concesión, le causa un perjuicio irremediable a la mencionada sociedad en razón a que la misma fue constituida únicamente para operar el aeropuerto. Además, dejará de percibir, aproximadamente ciento veinte mil millones de pesos, quedando 251 trabajadores sin su sustento.

6.4. Intervención del Procurador 172 Judicial I Administrativo

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de Mauricio Sedan Fernández, Procurador 172 Judicial I Administrativo, emitió concepto dirigido al despacho judicial de primera instancia⁵, en el sentido de que “se deben reiniciar las negociaciones en cuanto a la prórroga de la concesión del Aeropuerto de Barranquilla ya que no existe un control de advertencia del órgano de control ya que desapareció al este ente no encontrar méritos archivó la investigación fiscal que había abierto por unos supuestos hallazgos fiscales que causaban un detrimento patrimonial al Estado, “LE RECOMIENDO AL SEÑOR JUEZ QUE APLIQUE EL PRINCIPIO DE ARREGLO DIRECTO EN CONTRATACIÓN ESTATAL -Relación con los principios de economía y garantía del patrimonio económico de los contratistas (...)”.

7. Pruebas que obran en el expediente

En el expediente de tutela obran las siguientes pruebas documentales relevantes:

- Copia del contrato de concesión para la administración y explotación del aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena; memorando de entendimiento y, otro sí (folios 82 a 176 del cuaderno 2).
- Copia del contrato de concesión para la administración y explotación del aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad -Atlántico- y memorando de entendimiento (folios 285 a 322 del cuaderno 2).
- Copia del concepto del Asesor Técnico que concluyó con la recomendación negativa para la prórroga del contrato de concesión para operar y explotar económicamente el aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad -Atlántico (folios 582 de a 595 del cuaderno principal).

- Copia de la Resolución número 03252 del 24 de junio de 2010, por medio de la cual la AEROCIVIL negó la prórroga del contrato de concesión número 001 CON-97 del 10 de enero de 1997, para la administración y explotación del mencionado aeropuerto (folios 603 a 606 del cuaderno principal).
- Recurso de reposición instaurado por la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A.- ACSA-, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la Resolución 03252 del 24 de junio de 2010 (folios 467 a 481 del cuaderno 2).
- Copia de la providencia por medio de la cual, la Contraloría General de la República archivó el proceso de responsabilidad fiscal número 90083-058, que se había iniciado con fundamento en el control de advertencia de esa entidad (folios 672 a 693 del cuaderno principal).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera instancia

Mediante sentencia del veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla decidió: (i) negar la protección de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad derivados del Convenio 111 de la OIT y al debido proceso en los términos solicitados por los accionantes; (ii) tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe y el principio constitucional de la negociación en las relaciones contractuales estatales, para la solución de las diferencias surgidas en cualquiera de las etapas del contrato; (iii) en consecuencia ordenó: a) a la AEROCIVIL para que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a dejar sin efectos las resoluciones 03252 del 24 de junio de 2010 y 04415 del 6 de septiembre de 2010, ante la existencia de un decaimiento parcial del acto administrativo, generado por el auto de archivo de la investigación fiscal del 5 de octubre de 2011, que había motivado en parte la terminación del memorial de entendimiento, ante la existencia de una vía de hecho parcial, por la ausencia de caducidad y ante la violación del derecho fundamental a la buena fe e igualdad, principio de negociación directa en la contratación estatal y en su lugar que las partes den cumplimiento a la cláusula quincuagésima quinta del contrato visible a folio 307 del segundo cuaderno, “sin que con ello se entiendan alteradas las condiciones del contrato vigente, pues en ningún momento deberá asumirse que la orden impartida conlleve a una

prórroga automática del contrato estatal. A consecuencia de lo anterior, se advierte que no se suspenderá la prestación del servicio del Contratista hasta tanto se rehagan las etapas ordenadas en esta decisión” y, b) a las partes contratantes, que de escogerse el trámite de amigable composición deberán establecer de mutuo acuerdo, las etapas en que deba surtirse, las cuales contendrán como mínimo las siguientes: “audiencia de apertura, determinando explícitamente el alcance y naturaleza de la disputa, el tiempo de duración del proceso contractual y el de cada una de sus etapas y, además, el momento oportuno para la prestación y contradicción de los elementos de juicio que las partes pretendan hacer valer” y, (iv) declaró la falta de legitimación del Ministerio de Transporte en el trámite de la acción de tutela.

Para adoptar la decisión, sostuvo el a-quo que: (i) en el caso concreto la AEROCIVIL no vulneró el Convenio 111 de la OIT, por el hecho de no haber prorrogado el contrato de concesión, por las razones expuestas por los demandantes, habida cuenta que éstos tenían conocimiento de su relación jurídica contractual laboral con ACSA, empresa concedora de su temporalidad como concesionario, motivo por el cual debió prever los mecanismos jurídicos idóneos, tendientes a enfrentar una eventual negativa de la prórroga de la concesión; (ii) no se vulnera el derecho a la igualdad bajo la consideración de que el contrato de Cartagena fue prorrogado y no el de Soledad -Atlántico-, porque no se trata de situaciones idénticas; (iii) los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial, como es la acción laboral, de concretarse el hecho del despido frente a los responsables; (iv) al archivarse la investigación fiscal fundada en el control de advertencia por parte de la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., desaparecieron los fundamentos de hecho, o de derecho, en los que se basó la entidad demandada para emitir el acto administrativo contentivo de la negativa de la prórroga del contrato de concesión; (v) se advierte una vía de hecho parcial, en razón a que la AEROCIVIL apoya la negativa de la prórroga del contrato, en el citado control de advertencia que perdió fuerza obligatoria al archivarse la investigación por la Contraloría General de la República y, (vi) el acto que declaró terminado unilateralmente el memorial de entendimiento, ignoró el principio de pacta sunt servanda, en la medida en que no se agotó la vía de autocomposición dispuesta en la cláusula quincuagésima quinta del contrato al indicar que las discrepancias que puedan surgir en razón del mismo, en cualquiera de sus etapas, en caso de que no pueda llegarse a un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a un tribunal de arbitramento en derecho.

2. Intervención de la Procuraduría Doce Judicial II Administrativa

Mediante oficio del 5 de diciembre de 2011, Irma Trujillo Ardila, Procuradora Doce Judicial II para Asuntos Administrativos, en defensa del interés del orden jurídico y del patrimonio público, se dirigió al juez de tutela de primera instancia⁶, en escrito en el que expuso las razones por las cuales la solicitud de amparo constitucional era improcedente, así como la imposibilidad legal para prorrogar automáticamente los contratos de concesión.

En efecto, sostuvo que la decisión del juez de ordenar que las partes acudieran a discutir sus posibles diferencias contractuales surgidas con la negativa de la prórroga del contrato, no se enmarca en los elementos que conforman el perjuicio irremediable, habida cuenta que no se demostró el desconocimiento de un derecho fundamental a la sociedad concesionaria, ni de los trabajadores de esta. Así mismo, que la decisión de no prorrogar el contrato comporta una valoración de carácter discrecional de la entidad concedente, previa verificación de las condiciones del contrato.

3. Impugnación

Durante el término otorgado para el efecto, la sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA-, uno de los actores (Miguel Ángel Castillo) y, la AEROCIVIL impugnaron la decisión anterior.

La sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA- no expuso ningún argumento⁷.

Por su parte, Miguel Ángel Castillo sostuvo que con la negativa de la prórroga del contrato de concesión, la AEROCIVIL desconoció el Convenio 111 de la OIT. De la misma manera, que la mencionada entidad al prorrogar el contrato al concesionario de Cartagena y no al de Soledad -Atlántico-, desconoció la igualdad de oportunidades para la base laboral de una empresa frente a la otra, lo que constituye discriminación en el empleo⁸.

En escrito separado, el mismo actor, pidió vincular al trámite de la acción de tutela a la Agencia Nacional de Infraestructura, petición a la que accedió el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante providencia del 31 de enero de 2012⁹.

Por su parte, la AEROCIVIL¹⁰, manifestó que la acción de tutela no es un medio idóneo para determinar la prórroga de un contrato estatal, habida cuenta que la misma corresponde a una facultad discrecional de la administración, cuya manifestación puede controlarse por la

jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, indica, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de los derechos invocados por los trabajadores de la sociedad concesionaria, máxime cuando el plazo como uno de los pilares del contrato, en nada afecta sus derechos.

Adujo igualmente que la función de control de advertencia de la Contraloría General de la República no es asimilable con la posibilidad de decidir responsabilidad fiscal que tiene esa misma entidad. De igual forma, que la solicitud de prorrogar o no un contrato estatal, no puede tenerse como una controversia contractual, habida cuenta que ésta última se origina del ejercicio de las obligaciones pactadas y no de una prerrogativa o potestad discrecional conferida por la ley.

Considera que no existió decaimiento del acto administrativo declarado por el fallo de tutela de primera instancia, porque el control de advertencia de la Contraloría General de la República no fue el único argumento para la negativa de la prórroga del contrato de concesión.

Indicó, igualmente, que el principio de negociación contractual protegido por el juez de primera instancia, es ajeno a la controversia planteada en la tutela, en razón a que el memorando de entendimiento suscrito por las partes, no se originó en una discrepancia derivada de la interpretación o ejecución del contrato de concesión, sino que lo pretendido era revisar una situación de fondo del acuerdo de voluntades plasmado en el memorando de entendimiento. De esta forma, la amigable composición dispuesta en el contrato, se instituyó para dirimir una controversia y no para resolver acuerdos suscritos con fundamento de la autonomía de la voluntad, como ocurre en el presente asunto.

4. Solicitud de suspensión provisional de los efectos del fallo de tutela de primera instancia

4.1. Procuraduría Judicial Doce Judicial II para asuntos administrativos

Irma Trujillo Ardila, Procuradora Doce Judicial II para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación, a través de escrito del 14 de diciembre de 2011¹¹, pidió al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico la suspensión provisional de los efectos de la sentencia de tutela, proferida en primera instancia el 29 de noviembre de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla, con base en que: (i) el fallo

de tutela no resultaba procedente porque no se configuraba la existencia de perjuicio irremediable y dentro de este concepto no cabe sostener que se hizo nugatoria la utilización de la cláusula del contrato y del mismo estatuto de contratación pública, al no acudir al mecanismo de solución de conflictos contractuales, porque, entre otros, no existe este tipo de diferencia contractual, simplemente dentro de su autonomía, la entidad pública dispuso no prorrogar el contrato, decisión para la que está plenamente facultada; (ii) constituye un grave precedente para las entidades públicas en general, que a través de acciones constitucionales como la tutela se les ordene sentarse a negociar prórrogas con sus contratistas, supliendo así la potestad discrecional de la administración en ese sentido y, (iii) las resoluciones 3252 y 04415 de 2010, expedidas por la AEROCIVIL podrán ser impugnadas en sede judicial, a través de las acciones contractuales previstas en el Código Contencioso Administrativo.

4.2. Unidad Administrativa Especial -Aeronáutica Civil-

Similar solicitud a la indicada en el punto anterior, hizo la AEROCIVIL por intermedio de apoderado judicial, mediante escrito del 16 de diciembre de 2011¹², con fundamento en que: (i) De hacerse efectivo lo ordenado por el despacho judicial de primera instancia, se estaría posibilitando la prórroga automática del contrato de concesión, cuyo plazo vence el 28 de febrero de 2012, lo que acarrearía la pérdida de aproximadamente \$40.761.000.000.00 para el Estado. Es decir, para la Aeronáutica Civil equivale a “no poder reestructurar una concesión que hoy por hoy no le obliga a realizar inversiones obligatorias ni a incrementar a favor de la Aerocivil la proporción de la cifra de contraprestación, por ser una concesión de primera generación, de hace más de quince años, que en la actualidad solo rinde beneficios económicos al concesionario. Para ejemplificar el asunto objeto de solicitud, los ingresos anuales de la concesión en el último año ascendieron a la cifra de \$39.220.000.000.00 aproximadamente, de acuerdo con sus estados financieros, que para siete años y medio de prórroga, representa un total de \$294.157.000.00, (sic) aproximadamente, y que para el caso, se recibiría por el contratista sin contraprestación y sin inversiones”, y, (ii) la suspensión provisional de la sentencia de primera instancia es indispensable para evitar graves e irreparables daños, en la medida en que una prórroga inmediata del contrato no obliga al concesionario a reformular la ecuación económica del mismo, ni a realizar erogaciones en contraprestación. Tampoco para hacer inversiones en la infraestructura aeroportuaria y en general evidencia un detrimento patrimonial del Estado al

limitarse la potestad de la administración de poder prorrogar o no un contrato en otras condiciones.

5. Declaratoria de cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia

A través de providencia proferida el 20 de enero de 2012¹³, el Juzgado Primero Administrativo de Barranquilla, declaró cumplido el fallo de tutela emitido por ese despacho judicial el 29 de noviembre de 2011¹⁴, por cuanto, la AEROCIVIL expresó su voluntad inequívoca de negociar; puso a disposición del contratista los mecanismos de autocomposición señalados en el contrato y en la Ley 80 de 1993 y de manera directa adelantaron las reuniones, tendientes a escoger el mecanismo para negociar en aras de acordar o no las diferencias surgidas en cualesquiera de las etapas del contrato vigente hasta el 28 de febrero de 2012, sin que con ello, se haya suspendido la prestación del servicio del contratista. Tampoco se alteraron las condiciones iniciales pactadas en el contrato y los actos administrativos se dejaron sin efecto.

4. Agencia Nacional de Infraestructura

En escrito radicado en el Tribunal Administrativo del Atlántico el 3 de febrero de 2012, la Agencia Nacional de Infraestructura¹⁵, mediante apoderado judicial, solicitó desvincular del trámite de la acción de tutela a dicha entidad, en razón a que para esa fecha, la misma, no había recibido por subrogación la administración, operación y vigilancia de la infraestructura aeronáutica y aeroportuaria, ni los proyectos de concesión y descentralización aeroportuaria que han sido celebrados por la AEROCIVIL, teniendo en cuenta que el Decreto 4164 del 03 de noviembre de 2011 concede para ello un término hasta el 31 de diciembre de 2013.

5. Segunda instancia

Mediante sentencia del trece (13) de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico, revocó la sentencia impugnada y en su lugar dispuso rechazar por improcedente la acción de tutela.

Para el ad-quem, existe otro medio de defensa judicial, cual es acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para revisar la legalidad de los actos administrativos reprochados, que es la vía idónea y eficaz para dirimir el conflicto ventilado en sede de tutela, en razón a

que se trata de una controversia respecto de la legalidad de dichos actos que se abstuvieron de prorrogar un contrato de concesión, asunto que carece de relevancia constitucional.

No se demostró la existencia de un perjuicio irremediable para amparar de manera transitoria los derechos fundamentales invocados por los actores, que en todo caso no puede constituirlo el eventual deterioro económico de los trabajadores al servicio de la sociedad concesionaria, por la negativa de la prórroga de la concesión, habida cuenta que la AEROCIVIL no ha fungido como empleadora de aquellos.

Sostuvo igualmente que a pesar de que el Estado tiene la obligación de proteger el derecho al trabajo, dentro del núcleo esencial de éste, no se encuentra la posibilidad de permanecer en forma indefinida dentro de un determinado empleo, bien sea público o privado, máxime cuando en este caso los accionantes sabían de antemano que su vinculación laboral estaba sujeta, en últimas, al término de duración del contrato de concesión.

Manifestó que carece de recibo afirmar que la decisión de no prorrogar un contrato, per se, constituya o sea el producto de una situación manifiestamente irregular, generadora de un perjuicio irremediable que autorice la concesión transitoria de una acción de tutela, entre otras razones, porque una decisión en tal sentido, es discrecional.

Si en gracia de discusión se acepta que el amparo constitucional resulta procedente como medio principal de defensa judicial, como lo sostuvo el a-quo, tampoco está llamado a prosperar porque en el caso concreto, las razones para verificar el decaimiento parcial del acto administrativo (art. 66-2 del C.C.A), bajo la consideración del archivo por parte de la Contraloría General de la República del proceso de responsabilidad fiscal originado en el control de advertencia, no es motivo para concluir la pérdida de fuerza ejecutoria de las resoluciones 03252 de 2010 y 04415 del 6 de septiembre de 2010, mediante las cuales, en su orden, se negó y confirmó la negativa de la prórroga del contrato de concesión del aeropuerto de Soledad que sirve a Barranquilla, habida cuenta que no fue la única y exclusiva razón de esas decisiones, que se soportaron, además, en aspectos de conveniencia financiera y técnica del contrato de concesión.

Además de lo anterior, no se vulneró el principio de “arreglo directo en la negociación estatal”, dispuesto en la cláusula quincuagésima quinta del contrato, como lo entendió el despacho judicial de primera instancia, porque la misma se restringe a las discrepancias que

puedan surgir en razón del contrato, en cualquiera de sus etapas, lo que estrictu sensu, no se presenta en este caso, en donde las partes estaban inmersas en las tratativas para la eventual prórroga del contrato, circunstancia que, en principio, descarta la existencia de controversia alguna. Por el contrario, muestra el ejercicio de la autonomía de la voluntad frente al estudio de un tema de fondo bien distinto, como es, la posibilidad de prorrogar la concesión, previo análisis jurídico, técnico y financiero de su clausulado.

Manifiesta que, si la AEROCIVIL dio por terminado el procedimiento exploratorio acordado en el memorando de entendimiento, dicha decisión no alcanza a constituirse en violatoria de ningún derecho fundamental, de donde se concluye que la acción de tutela no es el medio judicial idóneo para resolver lo atinente a la prórroga del contrato. De tal manera que corresponde al resorte exclusivo de la administración, motu proprio, si aborda nuevamente el análisis de las motivaciones de los actos administrativos y concluir lo que resulte más conveniente a los intereses de la entidad y de la comunidad en general. De la misma forma, en el evento en que el Estado decida asumir directamente el manejo del aeropuerto Ernesto Cortizoz, autónomamente, podrá considerar si vincula como servidores públicos a quienes actualmente laboran para la concesionaria ACSA.

Finalmente, indica que como la sentencia impugnada habrá de revocarse, carece de objeto pronunciarse respecto de la suspensión de los efectos de aquella, pedido por la Procuraduría 12 Judicial II Administrativa, así como por el apoderado de la AEROCIVIL.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asunto previo

Antes de entrar a identificar el problema jurídico y los temas que eventualmente deberían abordarse para efectos de darle solución, la Sala debe iniciar por definir la procedibilidad de

la presente acción de tutela. Ello, teniendo en cuenta que la solicitud de amparo se dirige contra las Resoluciones 03525 del 24 de junio de 2010 y 04415 del 6 de septiembre del mismo año, por medio de las cuales, respectivamente, la Aeronáutica Civil negó y confirmó la negativa de la prórroga del contrato de concesión a la sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. - ACSA-, para operar y explotar económicamente el aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad - Atlántico-.

Precisa la Sala, que únicamente en el caso de encontrarse acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela, en contra de dichos actos administrativos, entrará a definir si se afectaron los derechos fundamentales invocados.

En ese orden, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, se examinará la procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra actos administrativos y, particularmente, para controvertir las actuaciones emitidas en procesos de contratación estatal. Luego, se verificará en el caso concreto si se acreditan tales requisitos de procedencia del amparo constitucional.

3. Procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra actos administrativos

Al interpretar sistemáticamente el contenido de los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, reiteradamente esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela tiene carácter residual, habida cuenta que su procedencia está supeditada a que el afectado no cuente con otros medios de defensa judicial para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales, o que existiendo, sean inoperantes, motivo por el cual se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹⁶, circunstancia que implica la acreditación de los elementos que lo componen, así: (i) debe ser inminente, esto es, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) gravedad del mismo, es decir, la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; (iii) las medidas para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes y, (iv) la acción de tutela es impostergable con la finalidad de garantizar adecuadamente el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad¹⁷.

En ese orden, ante la existencia de instrumentos realmente aptos y efectivos para la protección de los derechos presuntamente afectados, se debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la acción de tutela¹⁸, lo que exige, desde luego, verificar las circunstancias

en las que se encuentra el solicitante.

De lo anotado se deriva que el amparo constitucional no es un medio alternativo, simultáneo, adicional o complementario de defensa, en razón a que su carácter y esencia es ser único medio de garantía de los derechos fundamentales que le brinda el ordenamiento jurídico al afectado¹⁹. Es decir, no se puede acudir a ella para reemplazar los medios judiciales ordinarios dispuestos por el legislador para resolver las controversias de todo orden, sean estas por vía de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, sino que al amparo constitucional debe acudirse cuando no existe alternativa jurídica de defensa, de donde se infiere que es imprescindible haber hecho uso de los recursos legales que ofrece el sistema²⁰, o que la oportunidad esté abierta en caso de que se solicite el amparo transitorio.

Lo anterior, se impone para preservar el carácter subsidiario de la acción de tutela y el respeto e independencia de las diferentes jurisdicciones y su competencia exclusiva para resolver conflictos propios de sus materias, de tal suerte que se evite la desarticulación paulatina de sus organismos y se asegure el principio de seguridad jurídica. Al procederse de modo contrario, se desfigura el papel institucional del amparo constitucional como medio residual de garantía de los derechos fundamentales; se niega la importancia del juez ordinario en idéntica tarea consistente en garantizar la eficacia de los derechos (art. 2º C.P.) y, se abren las puertas para desconocer el debido proceso de las partes en contienda, al desplazar la garantía reforzada de los procesos ordinarios ante la subversión del juez natural y especializado y la transformación de dicho escenario de conocimiento en uno sumario²¹.

La Corte ha insistido igualmente en la improcedencia general de la acción de tutela como medio de defensa para controvertir los actos administrativos, en razón de que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la vía judicial apropiada para impugnarlos²². Es decir, antes de acudirse a la protección constitucional, deben agotarse los medios ordinarios de defensa, a no ser que el juez establezca que los mismos, no brindan un amparo pronto y eficaz a los derechos que se busca salvaguardar²³, caso en el cual la misma adquiere connotación cautelar mientras el juez especializado en los asuntos propios de lo contencioso decide de fondo el respectivo asunto²⁴.

La anterior regla general tiene una excepción, consistente en que procede la acción de

tutela, cuando se pretende la suspensión del acto administrativo como medio necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable²⁵. En esos casos, la decisión emitida por el juez constitucional debe limitarse a la suspensión de los efectos del acto administrativo controvertido, mientras el juez de lo contencioso administrativo resuelve la controversia suscitada, en cuanto a la constitucionalidad y/o legalidad del acto, cuya suspensión se ordenó por vía de tutela²⁶.

En síntesis, (i) por regla general, la acción de tutela es improcedente como medio principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros medios de defensa (ante la propia administración y judiciales) para su defensa; (ii) procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, (iii) únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo (art. 7º del Decreto 2591 de 1991) y ordenar que el mismo no se aplique (art. 8º ibidem) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo²⁷.

4. Improcedencia como regla general de la acción de tutela en contra de actuaciones emitidas en procesos de contratación estatal

La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, reseñada en el punto anterior, se aplica frente a las decisiones adoptadas en la contratación estatal, razón por la cual, los afectados deben ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo²⁸. Es decir, se trata, respectivamente, de la autotutela de la administración y la tutela judicial. Utilizando la primera, es la misma administración a través de la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, la que controla o corrige sus decisiones y, mediante la segunda, los administrados pueden controvertir a través de la vía judicial las decisiones de la administración²⁹.

En esa dirección se ha encaminado la postura de esta Corte, al señalar que la acción de tutela no procede, para (i) impugnar todos aquellos actos proferidos antes de la celebración del contrato, porque para ello se dispone de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, a la que puede acudir el afectado dentro de los

30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación³⁰. Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos, únicamente se podrá invocar como fundamento de la nulidad absoluta del mismo a través de la acción contractual. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato (art. 87 C.C.A.)³¹; (ii) para controvertir actuaciones adoptadas en la ejecución del contrato, buscando, entre otros, modificar las condiciones pactadas y a las cuales las partes se sometieron voluntaria y libremente, ni para perseguir mejoras económicas con ocasión de la ejecución del mismo³², debido a que para ello se previó la acción de controversias contractuales (art. 87 C.C.A.³³) y, menos aún, (iii) para impugnar la liquidación del contrato, alegando, por ejemplo, la existencia de un pacto de compromiso, aplicable inclusive en esa etapa, en razón a que precisamente la existencia de dicha cláusula es la que permite una vía jurisdiccional de defensa idónea para discutir y examinar los desacuerdos surgidos en la mencionada liquidación contractual³⁴.

Justamente, cuando se acude a la justicia administrativa para demandar la validez de un acto administrativo, por cualquiera de los medios indicados antes, con independencia de que se haya emitido en el proceso licitatorio o en las fases de ejecución o liquidación del contrato, se puede proponer la suspensión provisional de sus efectos (art. 152 del C.C.A), aliviando temporalmente la afectación que sobre los derechos fundamentales se produciría de continuar su ejecución (art. 238 C.P.)³⁵, motivo por el cual, frente a estos supuestos, no es válido sostener que la acción de tutela se convierte en el medio definitivo y prevalente de defensa judicial, debido a que se estaría desvirtuando de manera grosera y arbitraria su naturaleza eminentemente subsidiaria y por consiguiente se empujaría a la jurisdicción constitucional a invadir el ámbito de competencia del juez de lo contencioso administrativo³⁶.

Excepcionalmente podría proceder³⁷ el amparo constitucional como mecanismo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio ius fundamental irremediable, con evidente repercusión sobre los derechos fundamentales.

5. Análisis de la procedencia de la tutela en el caso concreto

En el presente caso, los actores en su condición de trabajadores de la sociedad Aeropuertos

del Caribe S.A. -ACSA- y el representante legal de dicha empresa al coadyuvar la acción de tutela, consideran vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, por la negativa de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -AEREOCIVIL-, en prorrogar el contrato de concesión a la mencionada empresa que inicialmente se había pactado a 15 años (con expiración el 28 de febrero de 2012), para operar y explotar el aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad -Atlántico-, contenida en las resoluciones 03252 del 24 de junio de 2010 y 04415 del 6 de septiembre del mismo año.

Fundamentan la vulneración del derecho a la igualdad, en que la AEROCIVIL prorrogó el contrato de concesión celebrado con la Sociedad Aeropuertos de la Costa S.A. -SACSA-, para administrar y explotar económicamente el Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, mientras que a la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA-, en lo relacionado con el aeropuerto Ernesto Cortizos de Soledad -Atlántico-, se expresó la negativa, a pesar de que se trata de idénticos derechos y obligaciones emanadas de uno y otro contrato.

Sostienen que se vulnera el debido proceso, en razón a que no se prorrogó el contrato de concesión con base en el control de advertencia que hizo la Contraloría General de la República, que originó un proceso de responsabilidad fiscal que luego se archivó.

De la misma manera, que mientras la fuerza laboral de la concesión de Cartagena tiene garantizada la continuidad en sus empleos, a la de Soledad y Barranquilla compuesta por 251 trabajadores, se le afectará por esa diversidad de trato en uno y otro caso, además de constituir la única actividad para la que fue creada la empresa, motivo por el cual no podrá seguir ejecutando su actividad económica, debiendo liquidarse.

Como se expuso en el apartado 4º de esta providencia, como regla general, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos precontractuales, o los emitidos en la ejecución o en la liquidación del mismo, porque el ordenamiento jurídico regula medios de defensa, idóneos y eficaces ante la propia administración y judiciales para salvaguardar los derechos que puedan resultar afectados.

Justamente, según lo afirmado por los actores, en contra de la Resolución 03252 del 24 de junio de 2010, por medio de la cual, la AEROCIVIL declaró concluido el memorando de entendimiento y negó la prórroga del contrato de concesión, la sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA- acudió en recurso de reposición que fue resuelto por el Director General

de la entidad demandada, a través de la Resolución 04415 del 6 de septiembre de 2010, confirmado el contenido del acto administrativo recurrido.

Precisamente con base en ese hecho, según lo informado por la AEROCIVIL en la impugnación del fallo de tutela, la sociedad concesionaria solicitó conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos, Delegada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, como requisito de procedibilidad para acudir en acción de controversias contractuales para obtener la indemnización de los perjuicios causados con las resoluciones por medio de las cuales se negó y se confirmó la negativa de la prórroga del contrato de concesión⁴⁴.

Como puede observarse, la negativa de la prórroga del contrato, a juicio de la sociedad concesionaria, le originó un detrimento económico, disputa, que cuenta, se reitera, con el escenario propicio para su planteamiento y decisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese mismo ámbito, puede proponerse, de ser procedente, la suspensión provisional de las resoluciones emitidas por la AEROCIVIL que contienen dicha negativa (arts. 238 C.P.45. y 152 del C.C.A46). Instrumentos que por lo indicado, a juicio de la Sala de Revisión, se tornan idóneos y eficaces para que se tramite y decida el asunto por el juez contencioso administrativo. Permitir la intervención del juez constitucional para resolver esta clase de asuntos, equivaldría a convertir de manera arbitraria a la acción de tutela en medio definitivo de defensa judicial como lo pidieron los actores, desvirtuando su naturaleza eminentemente residual y se pasaría de un escenario natural y amplio de contradicción y valoración probatoria a uno sumario, que implicaría vaciar totalmente la competencia del juez de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, para que la acción de tutela proceda contra los actos administrativos precontractuales, o respecto de los emitidos en la ejecución o en la liquidación contractual, es indispensable que el actor demuestre plenamente que el perjuicio que se genera por la no intervención del juez constitucional, afecta de forma irreversible un derecho constitucional fundamental propio y que el daño es grave, concreto, específico e inminente. Únicamente de esta forma se logra demostrar, de un lado, la urgencia de las medidas para corregir el daño y, del otro, la impostergabilidad de la protección del derecho.

Es decir, en el caso concreto, los actores han debido demostrar que los actos administrativos impugnados les causan, de forma individual y concreta (a cada uno de los trabajadores de la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA- como demandantes y a la propia sociedad concesionaria coadyuvante) un perjuicio específico y determinado sobre un derecho fundamental, que únicamente puede evitarse a través del amparo constitucional. Circunstancias que precisamente no resultan acreditadas en el expediente de tutela.

En efecto, los trabajadores de la empresa en el escrito de tutela y el representante legal de la misma en la coadyuvancia, se limitaron a realizar consideraciones generales sobre las irregularidades en las que, en su sentir, habría incurrido la AEROCIVIL al propiciar un trato distinto a la concesionaria de Soledad -Atlántico- frente a la de Cartagena, al expresar la negativa de la prórroga del contrato a la primera, pero accedió en el caso de la segunda, y la manera como esos yerros pudieron afectar los derechos al debido proceso, igualdad y al trabajo, no solo de las 251 personas que conforman la fuerza laboral de la sociedad concesionaria, a las cuales se desvincularía de su fuente de empleo, sino por la imposibilidad de que ésta pueda seguir cumpliendo con su objeto social, imponiéndose con ello su liquidación. Por esas razones, en su sentir, deben suspenderse los efectos de las resoluciones adoptadas por la AEROCIVIL contentivas de la negativa de la prórroga del contrato de concesión, mientras se pronuncia la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es indudable entonces que los actores, no se detuvieron a demostrar de manera específica, las razones por las cuales tales irregularidades afectan de forma inminente sus derechos fundamentales, el impacto o magnitud (gravedad) del daño, las medidas urgentes para corregirlo y la impostergabilidad de las mismas. Es decir, la configuración del perjuicio irremediable debe recaer de manera ineludible sobre el probable daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental a proteger, lo que no se suple simplemente con afirmar las potenciales consecuencias económicas que acarrearía sobre cada uno de los trabajadores que quedaría sin fuente de ingresos, al desaparecer el empleo por la liquidación de la empresa, debido a los efectos de los actos administrativos a través de los cuales se negó la prórroga del contrato de concesión.

De esa manera, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable con la virtualidad de amenazar los derechos fundamentales invocados, motivo por el cual el amparo transitorio no está llamado a prosperar, de donde se infiere, además, que el asunto no es ius

constitucional sino que se trata de una controversia meramente legal, que puede definirse por el juez administrativo al que ha debido acudir la sociedad concesionaria, con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los mencionados actos administrativos que los actores consideran lesivos de los derechos invocados, como medida cautelar idónea y eficaz para prevenir un daño eventual sobre los mismos.

Por las razones examinadas, la Sala Cuarta de Revisión de esta Corte, confirmará la decisión de segunda instancia, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, que revocó el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas, el fallo de tutela adoptado el trece (13) de febrero de 2012, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, que revocó la decisión proferida el veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla y en su lugar, dispuso rechazar por improcedente la acción de tutela a la que acudieron Miguel Ángel Castillo Castillo y otros, en calidad de empleados de la Sociedad Aeropuertos del Caribe S.A. -ACSA-, coadyuvada por el representante legal de la mencionada empresa, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -AEROCIVIL-.

Segundo.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El recurso de reposición se basó en: (i) la inexistencia de norma legal que autorice a la AEROCIVIL para decidir unilateralmente el asunto a través de un acto administrativo, habida cuenta que el juez del contrato es un Tribunal de Arbitramento; (ii) falta de competencia para aplicar el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007, en razón a que se trata de un contrato de concesión, que es distinto a los regulados en la mencionada norma; (iii) incumplimiento de lo regulado en la cláusula cuarta del contrato, porque en la misma no se orienta a someter la decisión a elementos adicionales dispuestos en el memorando de entendimiento; (iv) falsa motivación, debido a que se llegó a conclusiones erróneas y contradictorias sobre la base de la existencia de una contraprestación negativa, cuando en realidad, a pesar de ser baja, no tiene tal connotación; (v) desconocimiento del derecho a la igualdad, en razón a que se prorrogó el contrato de concesión para el aeropuerto de Cartagena y se negó para el aeropuerto de Soledad y Barranquilla, pese a que se apoyaban en supuestos y procedimiento similares y, (vi) vulneración del debido proceso porque ACSA no pudo controvertir las imputaciones de la Contraloría en su control de advertencia, actuación que sirvió de base para que la AEROCIVIL negara la prórroga del contrato, cuando ni siquiera se le pusieron en conocimiento. (Folios 467 a 481 del cuaderno 2 del expediente de tutela).

2 Folios 14 y 14 A del cuaderno principal.

3 Comparecieron Ana María Alexandra Vásquez Duque, Miguel Ángel Castillo Castillo, Rosmery Lisbeth Tórres Domínguez, Ethel María Peralta Gómez, Juan Carlos Florez Paredes, Yely Mantilla Barragán, Edwin David Altamiranda Escamilla, Beatriz Elena Heins, Herman de Jesús Martínez Rosales y, Erika del Carmen Hernández León.

4 Folios 15 y 16 del cuaderno principal. A folio 36 del mismo cuaderno, aparece que la comunicación a la Procuraduría General de la Nación se surtió vía fax.

5 Folios 266 a 270 del cuaderno principal.

6 Folios 443 a 462 del cuaderno principal.

7 Según lo indicó el Tribunal Contencioso Administrativo en el fallo de segunda instancia. (folio 773 del cuaderno principal).

88 Folios 473 a 480 del cuaderno principal.

9 Folios 481 a 487 del cuaderno principal.

10 Folios 1 al 32 del cuaderno 4º del expediente de tutela. Argumentos que se reiteraron por el apoderado de la AEROCIVIL mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2011 que obra a Folios 468 a 471 del cuaderno principal.

11 Folios 361 a 367 del cuaderno principal.

12 Folios 463 a 471 del cuaderno principal.

13 Folios 519 a 529 del cuaderno principal.

14 De acuerdo a la solicitud elevada el 29 de noviembre de 2011 por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, mediante apoderado judicial (folios 489 a 494 del cuaderno principal).

15 A través de providencia emitida el 31 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico vinculó a la acción de tutela a la Agencia Nacional de Infraestructura por intermedio de su representante legal “por asistirle un interés legítimo en las resultas de ésta acción constitucional”. (Folios 506 a 509 del cuaderno principal).

16 Sentencias T-304 de 2007 y T-1231 de 2008.

17 Doctrina reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-983 de 2001 y, T-912 de 2006.

18 Sentencias T-003 de 1992, T-006 de 1992 y SU-339 de 2011.

20 Sentencia T-844 de 2005, reiterada en la T-629 de 2008.

21 Sentencia T-514 de 2003 y T-629 de 2008.

22 Sentencias T-629 de 2008 y T-536 de 2009.

23 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-502 de 2010, T-715 de 2009 y SU-339 de 2011.

24 Sentencia T-435 de 2005.

25 A ese respecto, en la sentencia T-965 de 2004 se sostuvo: “Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. El ámbito propicio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa, quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo”.

26 Sentencia T-629 de 2008.

27 Sentencias T-514 de 2003 y T-629 de 2008.

28 Sentencia T-569 de 1998.

29 Sentencias C-319 de 2002 y T-796 de 2006.

30 Sentencia T-093 de 2008 y T-841 de 2009. En la última sentencia se cuestionó por vía de tutela la Resolución 3691 de 2008, expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, “por medio de la cual se revoca la adjudicación del contrato de selección abreviada 01 de 2008”, en la que se concluyó que el amparo constitucional no procede para dejarla sin efectos, porque los actores contaron con la acción de nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho para controvertirla.

31 Sentencia T-373 de 2007.

32 Sentencia T-629 de 2008.

33 Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. “DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.<Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Ver Notas del Editor> <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes (...).”.

34 Sentencia T-1017 de 2006.

35 Sentencia T-373 de 2007.

36 Sentencia T-629 de 2008.

37 Sentencias T-373 de 2007 y T-629 de 2008.

38 El artículo 87 del C.C.A. (Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998). “Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (...)”.

39 Sentencia del 18 de enero de 2012 de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado. Radicación 41001-23-31-000-1994-07682-01 (20461). C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Actor: Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda.. Demandados: Beneficencia del Huila. En esa oportunidad se demandaron los acuerdos Nos. 030 del 29 de diciembre de 1993 y 006 del 18 de febrero de 1994, expedidos por la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila y las Resoluciones No. 1007 del 29 de diciembre de 1993 y 069 del 31 de enero de 1994, por medio de los cuales la entidad demandada revocó la decisión de prorrogar el contrato de concesión de apuestas permanentes con la firma SEAP HUILA LTDA, adoptada en sesión del 16 de septiembre de 1993. Al resolver sobre la ineptitud de la demanda, le mentada Subsección sostuvo: “La Sala considera que el criterio sostenido por el Tribunal de instancia para declarar infundada la excepción de inepta demanda planteada por la parte demandada, quien en su sentir fue equivocada la escogencia de la acción por parte del actor, es acertada, porque frente a la filosofía consagrada constitucionalmente en materia de prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal o procedimental, pues si bien es cierto que, cada una de las acciones, más técnicamente pretensiones, contenidas y disciplinadas en el Código Contencioso Administrativo, responden a un supuesto de hecho debidamente delimitado en dicho código de procedimiento, diferenciándose claramente las diferentes acciones, no lo es menos que en un momento inicial el actor encauzó la demanda como de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo posteriormente reforma o aclara la demanda, de cuyo contexto se deriva que la acción ejercitada es la de controversias contractuales. Así las cosas, acertó el a quo al declarar infundada la excepción”.

40 La cláusula cuarta del contrato de concesión es del siguiente tenor: “El presente contrato podrá ser prorrogado a la terminación del plazo inicialmente previsto, por el término y en las condiciones que permitan las disposiciones legales vigentes para el momento de dicha prórroga, siempre y cuando, a juicio de LA AEROCIVIL, EL CONCESIONARIO haya cumplido los compromisos y obligaciones derivadas del contrato, y haya mantenido índices satisfactorios de eficiencia, de conformidad con las evaluaciones periódicas realizadas por el comité a que

se refiere la cláusula 57 del presente contrato y con el procedimiento establecido para la medición del desempeño del concesionario en las cláusulas 33, 34 y 35”.

41 “CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA: MEDICIÓN DEL DESEMPEÑO: Sin perjuicio de lo establecido en las cláusulas décima octava y décima novena sobre la participación de la firma auditora a que se refieren dichas cláusulas, EL CONCESIONARIO estará sujeto a evaluaciones periódicas y sistemáticas de su desempeño y sobre las condiciones de calidad de servicio ofrecidas, de acuerdo a las reglamentaciones de la OACI (...)”.

42 “CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: PERIODICIDAD Y MATERIAS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL CONCESIONARIO: LA AEROCIVIL determinará unilateralmente la periodicidad de la evaluación del desempeño de EL CONCESIONARIO, la que informará al mismo. (...) las áreas en las cuales se centrará esta auditoria son: a) verificar el cumplimiento del contrato en todas sus partes. b) verificar la competitividad de las tarifas a nivel regional. C) verificar el mantenimiento de los equipos e infraestructura aeroportuaria de acuerdo con el Plan de Mantenimiento y Mejoras (...)”.

43 “DERECHOS DEL CONCESIONARIO FRENTE A LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO: Son derechos del concesionario frente a la evaluación del desempeño por parte de LA AEROCIVIL: a) Conocer la identidad de la persona natural o jurídica que lo va a evaluar. b) conocer la periodicidad y las materias objeto de evaluación. c) Conocer los resultados de la evaluación y presentar en forma motivada las objeciones correspondientes. d) Obtener definiciones motivadas sobre las objeciones y sobre la evaluación definitiva de su desempeño”.

44 Folio 31 del cuaderno 4 del expediente de tutela.

45 Artículo 238 de la Constitución. “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”.

46 Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. “PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 31 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> 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”.