

Sentencia T-796/11

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA-Titularidad/PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO-Legitimación por activa en tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales de todas las personas. La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que del tenor literal de este precepto se derivan dos normas constitucionales: en primer lugar que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y en segundo lugar que cuentan con legitimación activa para impetrar la acción de tutela por intermedio de su representante legal. En efecto, ha defendido esta Corporación una interpretación extensiva del artículo 86 constitucional, en el sentido que esta disposición no hace distinción entre personas naturales y jurídicas, de derecho privado o de derecho público, nacional o extranjera, lo que ha llevado a concluir que cualquier persona jurídica es titular de derechos fundamentales y que puede acudir a la acción de tutela para su protección dada su condición de sujeto de derecho. Ahora bien, en lo que si ha hecho distinción es respecto a los derechos fundamentales de los cuales es titular una persona jurídica, así se ha dicho que puede le asisten a la persona jurídica están entre otros, los de igualdad, inviolabilidad de domicilio, petición; debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva. Sin embargo, no todos los derechos fundamentales pueden predicarse de la persona jurídica, pues algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y no les es dable exigir el amparo: por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes o el derecho a la intimidad familiar. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”.

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR PERSONA JURIDICA-Actuación por medio de su representante legal, directamente o a través de apoderado

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONCEPTO DE PERJUICIO IRREMEDIABLE

La jurisprudencia constitucional, si bien ha sostenido de manera reiterada que al juez del caso concreto corresponde apreciar la existencia de un perjuicio irremediable, ha ligado de manera reiterada este concepto al ejercicio de la acción de tutela por ciertos sujetos de características particulares -los sujetos de especial protección constitucional- o a la protección de ciertos derechos -tales como el derecho al ejercicio de cargos y funciones públicas o el derecho a la libertad personal-. Relación que encuentra justificación en la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para la defensa de los sujetos de especial protección constitucional, por una parte, y en segundo lugar en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su ejercicio, por estar condicionados a términos constitucional o legalmente establecidos, o en otros eventos, permitir la prolongación de su afectación configura un perjuicio grave e injustificado para su titular.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA IGUALDAD-Caso en que EEB no demostró perjuicio irremediable al no aprobarse contrato de seguridad jurídica

Referencia: expediente T-3051671

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. E.S.P contra el Comité de Estabilidad Jurídica.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido en primera instancia por la Subsección A de

la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el veinticinco (25) de enero de 2010, y en segunda instancia por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el tres (3) de marzo de 2011.

## I. ANTECEDENTES

La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. ESP (en adelante EEB), mediante apoderada judicial, impetra acción de tutela contra el Comité de Estabilidad Jurídica, por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que habría tenido lugar con ocasión de los hechos que a continuación se enuncian.

### 1. Hechos

1. Narra la apoderada de la entidad demandante que el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución 181737 de diciembre de 2004, adoptó el Plan de Expansión de Referencia Generación-Transmisión 2004-2018, mediante el cual se propusieron los proyectos adicionales que requería el Sistema de Transmisión Nacional, incluidos los de interconexión internacional. En el Plan de expansión se recomendó la ampliación de la capacidad de interconexión entre Colombia y Ecuador mediante la ejecución del proyecto Línea de Transmisión en doble circuito a 230 kv Betania - Altamira - Mocoa - Pasto (Colombia) - Frontera con Ecuador y obras asociadas, con el fin de aumentar los intercambios de energía eléctrica entre los dos países.

2. Relata que teniendo en cuenta lo anterior, la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) inició las gestiones administrativas necesarias para seleccionar a los inversionistas encargados del desarrollo de los proyectos contemplados en el Plan de Expansión de Transmisión del Sistema Interconectado Nacional. Para tales efectos realizó una convocatoria pública, con el objetivo de seleccionar a un inversionista para el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de la línea de transmisión a 230 kv circuito doble Betania - Altamira - Mocoa - Pasto - Frontera y obras asociadas.

3. La EEB participó en esta convocatoria pública y resultó seleccionada por la UPME. Luego

ejecutó el proyecto desde el segundo semestre de 2005 hasta diciembre del año 2007, fecha en la cual entró en operación por el término de 25 años, durante el cual la empresa continuará haciendo inversiones asociadas a dicho proyecto.

4. La EEB solicitó ante el Comité de Estabilidad Jurídica, el 24 de julio de 2009, la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica, para toda la compañía, en su condición de inversionista, de conformidad con lo previsto en la Ley 963 de 2005.

5. La solicitud de la EEB fue admitida a trámite y obtuvo inicialmente concepto favorable por parte del Ministerio de Minas y Energía, ministerio del ramo correspondiente al proyecto cuya estabilidad jurídica se solicitaba.

6. Mediante Acta 06 de mayo 24 de 2010, el Comité de Estabilidad Jurídica improbo la suscripción del contrato de estabilidad jurídica solicitado por la EEB.

7. En el Acta 06 se consignan los siguientes argumentos para justificar la anterior decisión: 1) la rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con la regulación sectorial; 2) la cuantía de la inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la compañía para el año 2009; 3) como el proyecto está referido a la actividad de transmisión de energía eléctrica, no tiene un impacto real sobre la actividad general que desarrolla la empresa; 4) al tratarse de una inversión ejecutada, es claro que el inversionista asumió la totalidad de los riesgos de cambios normativos; y, 5) la discrecionalidad con que cuenta el Comité de Estabilidad Jurídica, para aprobar o improbar la suscripción de un contrato teniendo en consideración razones de conveniencia para el Estado. La notificación de la anterior decisión se surtió el 19 de julio de 2010.

8. El 26 de julio de 2010, la EEB interpuso recurso de reposición contra la decisión del Comité de Estabilidad jurídica contenida en el Acta 06 de mayo 24 de 2010.

9. El recurso de reposición interpuesto por la EEB se fundamentó, entre otras, en las siguientes consideraciones: 1) la Empresa cumple con los requisitos para que la estabilidad jurídica le sea concedida y cubija toda su actividad (toda la compañía), por lo tanto la negativa de suscribir el contrato supone una indebida aplicación de los criterios objetivos establecidos en el Acta 11 del 9 de septiembre de 2009 del Comité de Estabilidad Jurídica para la celebración de esta modalidad contractual; 2) falsa motivación de las razones que

sustentaron la decisión tomada por el Comité de no aprobar la solicitud de contrato de estabilidad jurídica; 3) desconocimiento de los principios de igualdad y equidad, así como el de imparcialidad.

10. El recurso no fue resuelto oportunamente, pues pasaron más de cuatro meses sin que el Comité de Estabilidad Jurídica se pronunciara.

11. Expone la apoderada de la EEB la empresa se acogió a la figura del silencio administrativo negativo, prevista en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, y entendió que el recurso de reposición interpuesto el 26 de julio de 2010, contra la decisión que improbo la suscripción del contrato y contenida en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010, le fue negado, por tal razón impetró acción de tutela con el objeto de que fueran protegidos sus derechos fundamentales supuestamente vulnerados mediante el citado acto administrativo.

12. Mediante resolución 003 de febrero dieciséis (16) de 2011, el Comité de Estabilidad Jurídica resolvió el recurso de reposición interpuesto por la EEB y confirmó la decisión contenida en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010. Esta Resolución fue notificada al representante legal de la entidad el veintiuno (21) de junio de 2011.

## 1. Fundamentos de la acción impetrada y solicitud de tutela

La apoderada de la entidad actora en primer lugar consigna los argumentos relacionados con la procedencia de la acción de tutela y luego se refiere a los derechos fundamentales supuestamente vulnerados a su representada.

Afirma que la EEB “acude directamente a la acción de tutela por cuanto entiende que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para este caso, no resulta idónea ni eficaz para proteger los derechos fundamentales del debido proceso e igualdad conculcados por el Comité de Estabilidad Jurídica mediante la decisión de improbación citada, debido al extenso tiempo que duraría el trámite del proceso contencioso administrativo para tomar una decisión final con carácter de cosa juzgada y mediante la cual se haga cesar la vulneración de los derechos fundamentales conculcados y se restablezca los derechos fundamentales de

la EEB.”

Añade que si bien es cierto que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede solicitar la suspensión provisional del acto, este mecanismo tampoco resulta idóneo y eficaz para el restablecimiento urgente de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto sólo permitiría la suspensión del acto administrativo vulnerador, pero no resultaría la vía procesal idónea para ordenar el restablecimiento inmediato de los derechos de la EEB y la adopción de una nueva decisión por parte del Comité de Estabilidad Jurídica, mediante la cual se restablezca sus garantías constitucionales, protección que en su opinión solo puede otorgar el juez de tutela.

Considera, por lo tanto, que se reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues además de la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios para restablecer de inmediato los derechos fundamentales violados a la EEB, se hace necesaria la protección urgente del juez constitucional para evitar el perjuicio irremediable, en cuanto a las condiciones de libre competencia y distribución equitativa de oportunidades consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, pues el Comité de Estabilidad Jurídica al improbar el contrato introdujo “elementos que distorsionan la competitividad de la Compañía, no sólo en el sector sino a nivel del ejercicio de un negocio legítimo.”

Explica que una empresa competidora de la EEB en el sector de generación y transmisión de energía eléctrica fue beneficiaria de un contrato de estabilidad jurídica, suscrito por un período de veinte años, lo que la sitúa en un plano ventajoso respecto de su representada, pues va a contar con mayores beneficios de carácter tributario que la EEB, de manera que esta última queda en una situación de desventaja frente a su principal competidor en el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, circunstancia en la cual radicaría el supuesto perjuicio irremediable.

Respecto de los derechos fundamentales vulnerados, afirma que el Comité de Estabilidad Jurídica conculcó la igualdad y el debido proceso. La pretendida vulneración del derecho a la igualdad tendría origen en que la empresa actora ha recibido un trato desigual no justificado en comparación con otras que han suscrito contratos de estabilidad jurídica.

Justifica este aserto con una relación de las empresas beneficiarias de esta modalidad

contractual. De la comparación entre estas compañías y la EEB concluye que el Comité de Estabilidad Jurídica ha vulnerado el principio de igualdad porque a pesar de tratarse de sujetos comparables la solicitud de su representada fue improbadada, mientras que han sido suscritos contratos de estabilidad jurídica con compañías que acreditan: (i) montos de inversión menores a los realizados por la EEB, (ii) montos ya completamente ejecutados, (iii) con proyectos de inversión de menor impacto que el presentado por la EEB.

Sostiene que “el principio de igualdad sobre el que se desarrolla la función administrativa, obliga a los órganos de la administración a dar un trato igual a las personas que se encuentran bajo los mismos supuestos normativos, para evitar la arbitrariedad de los órganos de la administración, garantizando a los ciudadanos que bajo el pretexto de las facultades discrecionales se concedan a unos y no a otros los beneficios que otorga la ley de manera general y para quienes se encuentren bajo los mismos supuestos normativos // Así, bajo el pretexto de las facultades discrecionales, no puede la administración, al aplicar preceptos normativos, exigir a unas personas requisitos o condiciones no exigidas a otras, como aconteció en el caso que nos ocupa, en el que, a la EEB, para improbarle la solicitud de suscripción de contrato de estabilidad jurídica, se le endilgaron como no cumplidos requisitos que no se han exigido a empresas que, encontrándose en similares supuestos de hecho a los de ésta, si se les aprobó la suscripción de contrato de dicha naturaleza. Circunstancia que resalta el hecho de que ciertas exigencias que se le hicieron a la EEB no se encuentran contempladas como tales en las normas técnicas respectivas.”

Alega también que una empresa competidora de la EEB en el mercado energético fue beneficiaria de un contrato de estabilidad jurídica razón por la cual a esta compañía le resultará “más atractivo realizar inversiones en Colombia” que a su representada “en tanto que ésta se quedaría rezagada al tener una carga impositiva mayor”, lo que a su juicio implica la vulneración del derecho a libre competencia, pues en virtud de la celebración del contrato de estabilidad jurídica la empresa competidora estaría en una mejor posición para participar en el mercado.

Fundamenta la vulneración del derecho al debido proceso en que la solicitud de su representada fue improbadada mediante un acto administrativo que adolece de falsa motivación y desconoce el principio de legalidad. Para justificar esta tesis rebate cada una de las consideraciones vertidas en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010 y hace referencia a que la

suscripción de estos contratos no es una facultad discrecional del Comité de Estabilidad Jurídica sino una competencia reglada.

Afirma que la razones consignadas para negar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica fueron la siguientes: 1) la rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con la regulación sectorial; 2) la cuantía de la inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la compañía para el año 2009; 3) al tratarse de una inversión ejecutada, es claro que el inversionista asumió la totalidad de los riesgos de cambios normativos; 4) como el proyecto está referido a la actividad de transmisión de energía eléctrica, no tiene un impacto real sobre la actividad general que desarrolla la empresa.

Las cuales refuta con los siguientes argumentos:

(1) No es cierto que la rentabilidad mínima del proyecto se encuentre garantizada, pues tal como lo establece la Resolución CREG 091 de 2005 la remuneración que recibe la EEB es el Ingreso Anual Esperado (IAE), de conformidad con la propuesta presentada por la Empresa a la Convocatoria Pública Internacional de la UPME - 01- 2005. Afirma que “en ningún momento la Convocatoria y mucho menos la UPME garantizan rentabilidad alguna en los proyectos licitados, estas entidades adjudican a la entidad que en su propuesta oferte el menor ingreso anual esperado IAE. Lo anterior implica que inclusive, en un caso eventual, la mejor propuesta puede ir a pérdida, situación que en últimas podría obedecer a razones de ampliar el mercado actual o entrar en regiones hasta ahora inexploradas. En efecto, lo que garantiza la convocatoria UPME, una vez sean adjudicadas, es el ingreso mínimo esperado (IMB) y éste se basa en la oferta presentada, pero esto no quiere decir que exista una rentabilidad mínima. La rentabilidad la mide cada empresa de acuerdo a sus costos y al ingreso mínimo que ofertó. Una cosa es el ingreso mínimo esperado y otra diferente es la rentabilidad mínima. Pueden existir empresas que oferten ingresos mínimos esperados, pero su proyecto puede ir a pérdida, es decir no obtener rentabilidad.”

(2) Tampoco se ajusta a la realidad que la cuantía de la inversión represente apenas el 1.6% de los activos totales de la EEB pues la inversión oscila entre el 2% y 7% de los activos de la compañía. Afirma que además en este punto la situación de la EEB se asemeja a la de otras compañías con las cuales se han suscrito contratos de estabilidad jurídica por términos de 10 y 20 años de lo que deduce una vulneración adicional del derecho fundamental a la igualdad.

(3) Sostiene que es falso que el proyecto propuesto relacionado con la actividad de transmisión de energía eléctrica no tiene un impacto real sobre la actividad que desarrolla la empresa, pues la EEB “es uno de los actores más importantes en el transporte de energía-electricidad y, de gas natural en Colombia. La inversión y el impacto del proyecto presentado, el cual versa sobre las posibilidades de mejorar la prestación de un servicio público esencial, supera con creces aquellas inversiones y beneficios ofrecidos por una gran parte de los inversionistas que ya cuentan con un contrato de estabilidad jurídica para toda la compañía // Más importante resulta aún que la Empresa de Energía de Bogotá, como prestador del servicio de transmisión de energía, necesario para la prestación del servicio público esencial a cada uno de los colombianos, hoy en día, gracias al proyecto de inversión presentado llega a poseer el 8% de participación en el Sistema de Transmisión Nacional del país, lo que permitirá que otras empresas en las cuales la compañía tiene inversiones puedan contar con una mayor capacidad que les permita ampliar su negocio y a su vez mejorar las utilidades esperadas por la citada empresa.”

(4) En relación con el punto relativo a que, al tratarse de un proyecto completamente ejecutado, la compañía ya asumió la totalidad de los riesgos normativos asociados al mismo, afirma la apoderada de la EEB que “además de ser contraria abiertamente lo dispuesto en el párrafo del artículo 3 de la Ley 963 de 2005 que señala que, “Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley” (subraya fuera del texto), por lo que, las inversiones que podían presentarse para acceder a la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica, eran aquellas que se realizaran a partir del 9 julio de 2005 (un día después de entrar en vigencia la ley, esto es, del 8 de julio de 2005), tampoco es cierto que las inversiones propuestas por la Empresa de Energía de Bogotá se encontraban completamente ejecutadas, ya que parte de ellas se llevarán a cabo hasta el año 2029 (...)” (subrayas originales).

Sostiene que la actuación del Comité vulneró el principio de legalidad, elemento constitutivo del derecho al debido proceso, porque la competencia de aprobar o improbar los contratos de estabilidad jurídica está claramente reglada por el artículo 4, literal b) de la Ley 963 de 2005, y no se trata por lo tanto de una facultad discrecional. Afirma que “las facultades del

citado Comité quedaron enmarcada dentro de los parámetros técnicos dispuestos por la ley, y dentro de las cuales debe actuar cuando resuelve sobre las solicitudes de los inversionistas, a favor de quienes se estableció la suscripción de contrato de estabilidad jurídica, lo solicite en su beneficio, marco que le deja muy poco margen de subjetividad al citado Comité y le impide aducir para improbar una solicitud de contrato de estabilidad jurídica razones diferentes a las establecidas por el legislador cuando expidió la norma.”

Agrega que “no podía el Comité aducir como motivo para improbar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica con la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, como lo hizo en el numeral quinto de su decisión, la discrecionalidad con que cuenta el Comité de Estabilidad Jurídica, para aprobar o improbar la suscripción de un contrato teniendo en consideración razones de conveniencia para el Estado, pues al no ostentar tal discrecionalidad absoluta y actuar de manera diversa ante las mismas situaciones vulnera a la empresa demandante el principio constitucional de legalidad (...)”

Considera que la solicitud que presentó la EEB cuenta con todos los requisitos y los documentos técnicos exigidos por la citada ley, y que la empresa tiene derecho a la suscripción de contrato de estabilidad jurídica.

En consideración a los anteriores argumentos, solicita se ordene al Comité de Estabilidad Jurídica que profiera una nueva decisión en relación con la solicitud de contrato de estabilidad jurídica presentada por la EEB, mediante la cual se restablezcan los derechos fundamentales supuestamente vulnerados a su representada.

#### 1. Respuesta del Ministerio de Comercio Industria y Turismo

Mediante escrito presentado por su representante judicial el Ministerio dio respuesta a la acción de tutela promovida por la apoderada de la EEB. En primer lugar, manifiesta que a la fecha en que fue presentado el escrito de intervención en el trámite de la acción de tutela el Comité de Estabilidad Jurídica no había resuelto el recurso de reposición presentado por la EEB contra el acto administrativo contenido en el Acta 06 de 2010.

Luego expone que la EEB cuenta con medios de defensa judicial idóneos para la protección

de sus derechos fundamentales, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Afirma que en el caso concreto la EEB tampoco acredita la existencia de un perjuicio irremediable pues la suscripción de contratos de estabilidad jurídica es un beneficio excepcional que sólo puede otorgarse a quien cumpla exigentes condiciones y no puede ser extendido en virtud del principio de igualdad a otras empresas que desempeñen sus actividades en el mismo ramo de la economía. Explicó que el Comité debe revisar en cada caso concreto si se cumplen los requisitos para aprobar este tipo de acuerdos, y que la EEB no acreditó reunir tales condiciones, razón por la cual se improbió la suscripción del contrato de conformidad con la discrecionalidad con que cuenta el Comité para adoptar las decisiones de su competencia.

Sostuvo que tampoco es de recibo el argumento de que el Comité, al improbar el contrato solicitado por la EEB, estableció condiciones diferentes para los competidores en el mercado ya que si una compañía en particular no cumple con los requisitos previstos para acceder al beneficio excepcional de un contrato de estabilidad jurídica, no puede forzar la suscripción de un acuerdo de voluntades de esta naturaleza con el argumento que resulta afectado el principio de distribución equitativa de las oportunidades y la libre competencia económica, al alegar que sus competidores recibieron un trato favorable por parte de la Administración.

En suma, considera que la EEB cuenta con otros medios de defensa judicial, que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que no fueron vulnerados sus derechos fundamentales, razones por las cuales pide que se declare improcedente la acción impetrada.

#### 4. Fallos de tutela objeto de revisión

##### Primera instancia

La Sección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de enero de dos mil once (2011), declaró improcedente la acción de tutela impetrada por la EEB contra el Comité de Estabilidad Jurídica. En primer sostuvo que la actora contaba con mecanismos idóneos de defensa judicial para atacar el acto administrativo presuntamente vulnerador de sus derechos

fundamentales, y que aun no había sido agotada la vía gubernativa pues no había sido resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el Acta 06 de 2010.

Añade que “tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable para tramitar la acción de tutela como mecanismo transitorio, ni la Sala la evidencia con los elementos de prueba aportados al proceso, puesto que la incidencia de la negativa a celebrar contrato de estabilidad jurídica en la calificación de licitaciones futuras de la empresa accionante, es un asunto hipotético que no constituye per se un desconocimiento de la igualdad, dado que el hecho que la Empresa ISA haya celebrado un contrato de estabilidad jurídica, no implica que para el caso del contrato reclamado por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. ESP tenga idénticas condiciones, ni que las razones expresadas por el Comité para negarlo es esta oportunidad hayan tenido la finalidad de excluir del mercado energético a la accionante ni menguar sus posibilidades de inversión en el sector // Así, el aducido perjuicio irremediable no cumple la condición de que la afectación sea inminente y afecte gravemente los derechos de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ni se requieren medidas urgentes para evitar su materialización, puesto que por el contrario, se trata de un aspecto eventual e hipotético, que no está ligado al desconocimiento constitucional del debido proceso ni del derecho a la igualdad, como se ha expresado en líneas precedentes”.

Concluye que se trata de una controversia de naturaleza legal y reglamentaria, en consecuencia las razones aducidas por el Comité para negar la celebración del contrato de estabilidad jurídica deben ser examinadas de fondo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### Impugnación

La sentencia de primera instancia fue apelada por la apoderada de la EEB, quien reiteró los argumentos expuestos en la solicitud de amparo y señaló que la acción de tutela era procedente para controvertir la decisión adoptada por el Comité de Estabilidad Jurídica.

### Segunda Instancia

La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el tres (03) de marzo de 2011, confirmó el fallo proferido en primera instancia. Hizo énfasis el a quem en el carácter subsidiario de la acción

de tutela y expuso que esta solo procede (i) cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento; (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados; o 3) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al examinar el caso concreto estimó el tribunal de segunda instancia que la EEB contaba con las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir las decisiones adoptadas por el Comité de Estabilidad Jurídica, mecanismo idóneo para la protección de sus derechos fundamentales y que, adicionalmente, no había logrado acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre este último extremo sostuvo: “Así, la actora expresa que por la no aprobación del contrato de estabilidad jurídica, en el evento de darse un cambio de normatividad podría llegar a perder beneficios tributarios lo cual la dejaría en condiciones de presentar en otras eventuales licitaciones propuestas que resulten menos favorables para el Estado y en consecuencia perdería la oportunidad de obtener tales contratos para incrementar su capital económico // El anterior argumento como puede verse claramente está plagado de situaciones hipotéticas que de entrada contrastan con los requisitos de certeza que exige la jurisprudencia a fin de que se entienda que se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable o para que pueda concebirse que la situación planteada exige la toma de medidas urgentes e inmediatas para la conjuración del daño.”

Concluyó por lo tanto que en el caso concreto no se debatía la afectación del derecho fundamental al debido proceso de la EEB sino que se trataba de “una controversia meramente legal pues el Comité de Estabilidad Jurídica para tomar su decisión como se expuso previamente en los antecedentes de este amparo, indicó las razones por las cuales no aprobaba la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (...) de manera que no se observa que tal decisión haya sido inmotivada, a contrario sensu se pretende discutir en esta instancia los argumentos de aquella para lo cual existe un escenario dispuesto por el ordenamiento jurídico que en el caso concreto resulta eficaz, motivo por el cual no puede la Sala pronunciarse sobre los cargos presentados en ese sentido, siendo por ello evidente que el amparo resulta improcedente.”

## 1. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas en copia simple:

- \* Solicitud de contrato de estabilidad jurídica elaborada por la EEB (fl. 59-92).
- \* Comunicación por medio de la cual la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica le comunica a la EEB la admisión de la solicitud (fl. 93).
- \* Concepto técnico del contrato de estabilidad jurídica solicitado (fl. 94-96).
- \* Solicitud de notificación de la EEB sobre la decisión adoptada por el Comité de Estabilidad Jurídica en relación con la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica (fl. 97-99)
- \* Copia del auto por medio del cual se ordenó notificar a la EEB la decisión de improbar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica (fl. 100-101).
- \* Copia del Acta 06 del 24 de mayo de 2010 (fl. 102-114).
- \* Copia del recurso de reposición interpuesto por la EEB contra la decisión de improbar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica (fl. 115-135).
- \* Copia del contrato de estabilidad jurídica celebrado entre la Nación-Ministerio de Minas y Energía e ISA (fl. 151-159).
- \* Copia del Acta No.18 del 21 de diciembre de 2007, por medio de la cual el Comité de Estabilidad Jurídica aprobó la celebración del contrato de estabilidad jurídica entre la Nación-Ministerio de Minas y Energía e ISA (fl. 278-280).
- \* Copia de la actuación administrativa relacionada con la solicitud del contrato de estabilidad jurídica presentada por la EENB (Cuaderno 2).
- \* Plan de Expansión de referencia Generación-Transmisión 2005-2019 (fl. 181-184)).
- \* Comunicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante la cual

informa que la actividad comercial de la EEB y la Empresa de Interconexión Eléctrica S.A. ESP - ISA es la transmisión de energía (fl. 319-322).

La Sala de Selección No. 6, mediante auto proferido el treinta (30) de junio de dos mil once (2011), escogió para revisión los fallos de tutela correspondientes al expediente T-3051671.

Mediante auto de dieciséis (16) de septiembre de 2011, el Magistrado Sustanciador ordenó que por Secretaría General se oficiara a la Dirección de Productividad y Competitividad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que funge como Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica, para que remitiera la información relacionada con el recurso de reposición interpuesto por la EEB contra la decisión contenida en el Acta 06 de 2010 de improbar a celebración del contrato de estabilidad jurídica.

En cumplimiento de la anterior providencia la Directora de Productividad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo allegó los siguientes documentos:

\* Resolución No.0003 de febrero seis (06) de 2011 mediante la cual el Comité de Estabilidad Jurídica resolvió el recurso de reposición interpuesto por la EEB contra el Acta 06 de 24 de mayo de 2010.

\* Oficio DPC-877 del 10 de junio de 2011 mediante el cual la Secretaría Técnica remitió al Ministerio de Minas y Energía copia de la Resolución No.0003 de 2011 para que le fuera notificada al representante legal de la EEB.

\* Auto del Ministerio de Minas y Energía, fechado el diecisiete (17) de junio de 2011, mediante el cual se ordena la notificación de la Resolución No.0003 de 2011, en cuyo respaldo se encuentra la constancia de notificación al representante legal de la EEB el día veintitrés (23) de junio de 2011.

Mediante la Resolución No. 0003 de 2011 se resuelve el recurso de reposición impetrado por la EEB contra la decisión contendida en el Acta No.06 de 24 de mayo de 2010 de improbar el contrato de estabilidad jurídica solicitado por la empresa. A continuación se hará un breve

resumen de dicha resolución.

En primer lugar, se consigna que la apoderada de la EEB fundó el recurso interpuesto en los siguientes cargos:

\* Que la EEB cumple con los requisitos para que le sea concedida la estabilidad jurídica y cobije toda su actividad económica (toda la compañía), consignados en el Acta No.11 del 7 de septiembre de 2009, en la cual se señala que para otorgar al inversionista la cobertura de toda su actividad económica el Comité de Estabilidad Jurídica tendrá en cuenta: (i) la magnitud de los beneficios económicos y sociales asociados a la inversión; (ii) el que tales beneficios y otros efectos esperados de la inversión objeto del contrato de estabilidad jurídica sean inseparables del resto de los provenientes de la inversión social; (iii) el tamaño relativo de la inversión frente a los activos del inversionista, tomando como base el promedio de los tres (3) años anteriores al de la presentación de la solicitud.

\* Falsa motivación en las razones que sustentaron la decisión del Comité de no aprobar la solicitud del contrato de estabilidad jurídica de la EEB.

El Comité de Estabilidad Jurídica resuelve los cargos formulados por el recurrente con los siguientes argumentos:

\* Menciona que el propósito de los contratos de estabilidad jurídica está referido a inversiones específicas que son presentadas como un proyecto para poder acceder al beneficio, de esta forma la garantía de estabilidad de las normas determinantes para la inversión objeto de la solicitud incide positivamente en la rentabilidad del proyecto en la medida en que mitiga el costo asociado con cambios normativos desfavorables. Reitera que la rentabilidad del proyecto ejecutado por la EEB se encuentra garantizada en la regulación sectorial, hace referencia a que las empresas que participan en un Plan de Expansión del Sistema de Transmisión Nacional a través de proyectos que les adjudique la UPME son remuneradas de acuerdo con el Ingreso Anual Esperado (IAE) que hayan indicado para su propuesta para los veinticinco (25) años a partir de la entrada en vigencia del proyecto el

cual, de acuerdo con el literal a) del artículo 4 de la Resolución CREG No.022 de 2001, deberá: “reflejar los costos asociados con la Preconstrucción (...) y construcción (...), el costo de oportunidad frente al capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente. Adicionalmente, se entiende que Ingreso Anual Esperado presentado por el proponente, cubrirá toda a estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, en desarrollo de su actividad y en el contexto de las leyes y la reglamentación vigente”.

\* Hace referencia a que el Comité evaluó el material probatorio aportado por la EEB y llegó a la conclusión que el tamaño relativo de la inversión frente a los activos de la EEB, tomando como base el promedio de los tres (3) años anteriores a la presentación de la solicitud (2007-2009), representa el 1.69%, porcentaje que estima poco significativo, y que en cuanto a la participación de los activos de propiedad, planta y equipos dedicados a la transmisión de energía dentro de los activos totales, encontró que representaban tan solo el 3.34%.

\* Afirma que los ingresos del inversionistas se encuentran garantizados por el IAE que recibe, el cual abarca todos los costos y gastos en que pueda incurrir, por lo tanto se encuentra mitigada la probabilidad de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del proyecto y generen una variación sobre el resultado esperado. Entiende que la EEB se encuentra en una situación especial al tener asegurados sus ingresos anuales lo que disminuye los riesgos regulatorios ya que la ocurrencia de éstos “no tiene la capacidad de disminuir el ingreso que se percibe en virtud del proyecto”.

\* Afirma que la decisión del Comité de improbar el contrato solicita no puede ser entendida como una afectación de la libertad de competencia de la EEB y de la distribución equitativa de oportunidades porque se trata “de un beneficio excepcional establecido por el Legislador con el fin de incentivar la inversión, para lo que existen unas condiciones y requisitos que el mismo Comité debe revisar en cada caso concreto para identificar el cumplimiento de los mismos, y tomar una decisión legítima y sustentada en la información suministrada por el inversionista. En el presente caso se observó que no fueron acreditadas tales condiciones y requisitos y en este sentido no procedía otorgarles la estabilidad jurídica en los términos solicitados”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones el Comité confirmó la decisión contenida

en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010 de improbar la celebración del contrato de estabilidad jurídica con la EEB.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y esquema de solución

Corresponde a esta Sala revisar los fallos proferidos dentro de la tutela impetrada por la EEB contra la decisión del Comité de Estabilidad Jurídica de improbar la celebración de un contrato de estabilidad jurídica para amparar el proyecto de ampliación de capacidad de interconexión del sistema de transmisión nacional entre Colombia y el Ecuador. La apoderada de la demandante alega que la decisión adoptada por el Comité vulnera el derecho a la igualdad y el derecho fundamental al debido proceso de la empresa, por estar falsamente motivada y desconocer el principio de legalidad.

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado declararon improcedente la acción de tutela impetrada por la EEB, debido a que consideraron que ésta dispone de otros medios de defensa judicial para controvertir la decisión del Comité y a que en el caso concreto no se constataba la existencia de un perjuicio irremediable.

De la anterior exposición resulta que el primer problema jurídico que debe abordar esta Sala de revisión consiste en la procedencia de la acción de tutela para controvertir la decisión adoptada por el Comité de Estabilidad Jurídica contenida en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010, pues sólo de ser resuelta esta cuestión inicial de manera favorable podría estudiarse lo relacionado con la alegada vulneración del derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso de la EEB.

Para resolver esta cuestión inicial pasará la Sala a referirse a la legitimación activa de las

personas jurídicas para impetrar la acción de tutela, luego hará referencia a la procedencia del mecanismo de protección de los derechos fundamentales respecto de actos administrativos y a las características del perjuicio irremediable, para finalmente detenerse en la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

### 3. La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su legitimación activa para impetrar acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales de todas las personas, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que del tenor literal de este precepto se derivan dos normas constitucionales: en primer lugar que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y en segundo lugar que cuentan con legitimación activa para impetrar la acción de tutela por intermedio de su representante legal.

En efecto, ha defendido esta Corporación una interpretación extensiva del artículo 86 constitucional, en el sentido que esta disposición no hace distinción entre personas naturales y jurídicas, de derecho privado o de derecho público, nacional o extranjera, lo que ha llevado a concluir que cualquier persona jurídica es titular de derechos fundamentales<sup>1</sup> y que puede acudir a la acción de tutela para su protección dada su condición de sujeto de derecho<sup>2</sup>.

Ahora bien, en lo que si ha hecho distinción es respecto a los derechos fundamentales de los cuales es titular una persona jurídica, así se ha dicho que puede le asisten a la persona jurídica están entre otros, los de igualdad, inviolabilidad de domicilio, petición; debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva. Sin embargo, no todos los derechos fundamentales pueden predicarse de la persona jurídica, pues algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y no les es dable exigir el amparo: por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o el derecho a la intimidad familiar<sup>3</sup>. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana<sup>4</sup>, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”.<sup>5</sup>

El corolario lógico de esta titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas es la legitimación activa para reclamarlos mediante la acción de tutela. En relación con la representación judicial ha señalado la Corte, que la instauración de una acción de tutela por parte de una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el decreto 2591 de 1991, de manera que debe ser impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado.6

#### 4. La tutela como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales y el concepto de perjuicio irremediable

Debido a los argumentos expuestos por los jueces de instancia, en torno a la improcedencia de la acción de tutela en el caso objeto de estudio, es necesario detenerse en la procedencia de la acción de tutela, así como en la figura del perjuicio irremediable y su tratamiento jurisprudencial. Como punto de partida para este análisis cabe señalar que de conformidad con el artículo 86 constitucional la acción de tutela puede ser impetrada como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta inferencia surge de la simple lectura del inciso tercero de este precepto, el cual señala que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El anterior enunciado normativo resulta complementado por el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, enunciado que reitera la improcedencia de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial y agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Desde su jurisprudencia inicial la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el alcance de estas disposiciones ha señalado que una de las características más importantes de la acción de tutela es su carácter subsidiario y residual<sup>7</sup>. Es decir, no procede como un mecanismo alternativo de defensa judicial<sup>8</sup> y no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer los medios ordinarios de defensa en su oportunidad, o cuando se ejercieron extemporáneamente, o para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias dentro

de la jurisdicción correspondiente<sup>9</sup>.

Ahora bien, de la interpretación sistemática de los preceptos antes reseñados la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la simple existencia de otro medio de defensa no torna en improcedente la tutela, sino que el mismo debe ser idóneo y eficaz para deparar protección a los concretos intereses de quien acude a los mismos. Por esta razón en cada caso particular, el juez constitucional debe hacer un análisis ponderado y razonable en cuanto al medio alternativo de defensa.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, la Corte ha expresado enfáticamente que es “deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración.”<sup>10</sup> Por consiguiente, “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”<sup>11</sup>

La regla general de procedencia de la acción de tutela antes reseñada es aplicable igualmente a los actos administrativos, pues por regla general para controvertir las decisiones adoptadas por la Administración resultan idóneas y eficaces las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Solamente ante situaciones excepcionales, el medio ordinario de defensa judicial puede ser desplazado por la acción de tutela como mecanismo transitorio<sup>12</sup>.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que el concepto de perjuicio irremediable no es susceptible de una definición legal o reglamentaria, porque se trata de un “concepto abierto” que debe ser precisado por el juez en cada caso concreto<sup>14</sup>, y a su vez permite que al funcionario judicial “darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya

adecuada interrelación depende la justicia de su decisión”<sup>15</sup>.

Por lo tanto es el juez de tutela en cada caso concreto el que debe apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, esta Corporación en diversas oportunidades ha intentado precisar el alcance de la figura mediante la definición de los elementos que la configuran, un esfuerzo notable en ese sentido lo constituye la sentencia T-225 de 1993. En esa oportunidad se sostuvo:

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.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

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 a 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.

Esta caracterización del perjuicio irremediable, que gravita en torno a su inminencia,

gravedad y urgencia, ha sido reiterada en numerosas oportunidades por distintas salas de revisión<sup>16</sup>, sin embargo, como antes se sostuvo, en cada caso concreto debe el juez de tutela ponderar si los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable están presentes. En esa medida resulta relevante examinar algunos de los criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia constitucional en torno a la figura en estudio:

\* Se ha sostenido en distintas oportunidades que cuando la acción de tutela es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, tales como madres cabeza de familia<sup>17</sup>, mujeres trabajadoras embarazadas<sup>18</sup>, discapacitados<sup>19</sup> o personas de la tercera edad<sup>20</sup>, el concepto de perjuicio irremediable debe ser entendido en forma mucho más amplia “para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”<sup>21</sup>, en estos casos debe tomar en consideración no solo las circunstancias personales del actor en el caso concreto, sino también “las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada”<sup>22</sup>.

\* Se ha afirmado que existe un perjuicio irremediable cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas, porque en estos casos “[c]ada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”<sup>23</sup>.

\* Del mismo modo se ha argumentado que la imposición de una sanción disciplinaria que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos<sup>24</sup>.

\* También se ha deducido la existencia de un perjuicio irremediable en aquellos casos de afectación grave y evidente del derecho a la libertad individual, cuando la persona privada de la libertad decide instaurar una acción de revisión con base en un fallo ejecutoriado mediante el cual se establece la responsabilidad penal de otra persona por los mismos hechos por los cuales fue condenado<sup>25</sup>.

De los criterios anteriores es posible inferir que la jurisprudencia constitucional, si bien ha sostenido de manera reiterada que al juez del caso concreto corresponde apreciar la existencia de un perjuicio irremediable, ha ligado de manera reiterada este concepto al ejercicio de la acción de tutela por ciertos sujetos de características particulares -los sujetos de especial protección constitucional- o a la protección de ciertos derechos -tales como el derecho al ejercicio de cargos y funciones públicas o el derecho a la libertad personal-.

Relación que encuentra justificación en la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para la defensa de los sujetos de especial protección constitucional, por una parte, y en segundo lugar en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su ejercicio, por estar condicionados a términos constitucional o legalmente establecidos, o en otros eventos, permitir la prolongación de su afectación configura un perjuicio grave e injustificado para su titular.

#### 5. La procedencia de la acción de tutela impetrada por la EEB

La apoderada judicial de la EEB solicita el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de su representada presuntamente vulnerados por el Comité de Estabilidad Jurídica al improbar un contrato de estabilidad jurídica. Aunque reconoce que el acto administrativo contenido en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010 puede ser controvertido ante la jurisdicción competente (la de lo contencioso administrativo), mediante las acciones pertinentes (la acción de nulidad y restablecimiento), afirma que este mecanismo judicial no es idóneo ni eficaz para restablecer los derechos supuestamente afectados porque el trámite del proceso tardaría demasiado y porque la solicitud de suspensión provisional del acto demandado no sería un medio idóneo para conseguir la protección temporal de los derechos de la EEB.

En segundo lugar, afirma que la no suscripción de un contrato de estabilidad jurídica causaría un perjuicio irremediable a la EEB porque la pondría en condiciones de inferioridad para competir contra ISA (empresa que si fue beneficiaria de un contrato de estabilidad jurídica) en futuras convocatorias o procesos de contratación que sean abiertos en el territorio nacional, es decir, el perjuicio irremediable estibaría en la supuesta afectación de la libertad de competencia y de la equitativa distribución de oportunidades de la EEB.

No obstante, los anteriores argumentos a juicio de esta Sala de Revisión no resultan convincentes por las razones que pasan a exponerse. Por una parte, sostener que la eventual duración del medio de defensa judicial es una razón suficiente para demostrar su ineficacia y su falta de idoneidad en la protección de los derechos fundamentales en juego llevaría a que la acción de tutela desplazaría a cualquier acción o procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, con lo cual este mecanismo de protección iusfundamental perdería su carácter residual y subsidiario para convertirse en el instrumento procesal para discutir cualquier controversia en la cual pueda alegarse que hay un derecho fundamental en juego. En efecto, salvo quizás otras garantías constitucionales como el habeas corpus, ningún otro proceso judicial resistiría la comparación con la celeridad del trámite de la tutela y por lo tanto todos tendrían que ser desechados por ser tardíos y supuestamente ineficaces.

Por otra parte, la alegada falta de idoneidad de la medida provisional de suspensión del acto administrativo demandado para restablecer los derechos fundamentales de la EEB tampoco convierte a la acción de tutela en el mecanismo idóneo para ventilar la decisión de improbar el contrato de estabilidad jurídica, pues lo que señala el artículo 86 constitucional es que exista un medio de defensa judicial mediante el cual pueda solicitarse la protección iusfundamental y no que esta pueda ser subsanada inmediatamente con la adopción de una medida cautelar dentro de un proceso judicial.

Ahora bien, en casos concretos distintas salas de revisión han defendido que ante la evidente demora de los procesos judiciales ordinarios la acción de tutela puede desplazar estos mecanismos pero esto ha ocurrido cuando especiales circunstancias lo justifican, por ejemplo, cuando el amparo se solicita en nombre de un sujeto especialmente vulnerable merecedor de una especial protección constitucional o se trata de derechos fundamentales delimitados temporalmente, circunstancias que no están presentes en esta oportunidad.

También se alega que la negativa de suscripción del contrato de estabilidad jurídica causa un perjuicio irremediable a la EEB, no obstante no se solicita un amparo transitorio sino que se pretende la adopción de medidas definitivas dirigidas supuestamente a subsanar los derechos vulnerados.

Al respecto cabe aclarar que la demostración de la ocurrencia de un perjuicio irremediable es relevante para conceder el amparo transitorio a pesar de que existe otro medio de defensa

judicial y no como un argumento que justifique la adopción de un amparo definitivo. Hecha esta precisión cabe señalar que en el caso concreto tampoco fue acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la EEBB. Como acertadamente sostuvieron los jueces de instancia la supuesta condición de inferioridad en que se encuentra la EEB frente a una empresa competidora que fue beneficiaria de un contrato de estabilidad jurídica no reúne las características de inminencia, gravedad y urgencia exigidas por la jurisprudencia constitucional. La EEB no es un sujeto especialmente vulnerable merecedor de una especial protección, tampoco están en juego derechos fundamentales cuyo ejercicio este delimitado temporalmente por la Constitución, ni se controvierte una sanción disciplinaria, ni se ha afectado el derecho a la libertad individual, además el solicitante es una persona jurídica que no es titular de este derecho.

A lo anterior se añade que el perjuicio alegado tiene un carácter eventual o hipotético pues solo se materializaría en la eventual circunstancia en que se abriera una proceso licitatorio en el cual EEB tuviera que competir con ISA y esta última empresa estuviera en una mejor condición para ofertar debido a que es beneficiaria de un contrato de estabilidad jurídica. Como salta a la vista de la mera presentación de ese argumento se trata de una eventualidad que no tiene las exigentes condiciones requeridas por la figura del perjuicio irremediable.

Por otra parte, la única forma de subsanar la pretendida vulneración iusfundamental alegada por la EEB sería ordenando que el Comité de Estabilidad Jurídica aprobara el contrato solicitado por dicha empresa y esta pretensión escapa del ámbito de decisión del juez de tutela. No porque éste carezca de competencia para expedir este tipo de órdenes, sino porque su naturaleza implica que deba ser adoptada en otro escenario judicial.

En efecto, la decisión del Comité de Estabilidad Jurídica de improbar el susodicho contrato fue razonada (pues tanto en el Acta 06 de 2010 como en la Resolución 003 de 2011 se hace una detallada justificación de la misma y se rebaten los argumentos expuestos por la EEB) y debe ser objeto de un análisis detenido por parte del juez competente, en un proceso judicial en el cual se estudien con profundidad los argumentos expuestos por las partes en controversia. Sólo el examen de la supuesta falsa motivación del acto administrativo contenido en el Acta 06 de 24 de mayo de 2010 requiere de un análisis que reviste cierta complejidad, que en principio no puede ser realizado dentro un procedimiento preferente y sumario como lo es la

acción de tutela.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el tres (3) de marzo de 2011, dentro de la acción de tutela impetrada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. E.S.P contra el Comité de estabilidad Jurídica.

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

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

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver, por ejemplo, sentencias SU-182 de 1998, T-300 de 2000, SU-1193 de 2000 y T-1658 de 2000.

2 Sentencia T-377 de 2000.

3 Sentencia T-377 de 2000-

4 Sentencia T-472 de 1996.

5 Sentencia T-275 de 1995.

6 Sentencia T-738 de 2007.

7 Pueden consultarse las siguientes sentencias: T-007 de 1992, SU-646 de 1999, T-408 de 2002, T-432 de 2002.

8 Sobre el tema, en la sentencia T-1022 de 2002, se indicó: “Esta característica pretende mantener incólume las competencias que de acuerdo a la naturaleza de cada asunto la Constitución y a ley consagran para las distintas jurisdicciones. Sostener lo contrario, esto es, la cobertura absoluta e indiscriminada de la acción de tutela para la protección de derechos de cualquier índole, ocasionaría la deslegitimación del amparo constitucional y rompería la estructura funcional del ordenamiento jurídico, presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho”.

9 Sobre el tema, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-329 de 1996, T-026 de 1997, T-272 de 1997, T-273 de 1997, T-331 de 1997, T-235 de 1998, T-414 de 1998, T-057 de 1999 y T-618 de 1999.

10 Sentencia T-582 de 2010. En esta oportunidad, la Corte conoció de una solicitud de tutela promovida por una persona que había ocupado el primer puesto de una lista de elegibles para conformar la terna para el cargo de gerente de un hospital departamental, el cual se rehusaba reiteradamente a designarlo.

11 Sentencia T-468 de 1999.

12 Por ejemplo cuando se trata de controvertir las decisiones adoptadas dentro de un concurso público de méritos, la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente que, aun cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa “no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados” (sentencia T-556 de 2010). En fecha más reciente sostuvo: “Para este Tribunal, las acciones

judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo no alcanzan una protección efectiva de los derechos de los participantes de un concurso de méritos, ya que las notorias condiciones de congestión del aparato judicial colombiano y el diseño mismo de tales instrumentos hacen que una controversia de tal estirpe tarde varios años – muchas veces excediendo el término de duración del concurso mismo – lo cual hace imposible que los afectados obtengan un remedio pronto y oportuno a las vulneraciones de las cuales pudieron haber sido objeto. Para esta Corporación, la protección de los derechos infringidos al dejar de nombrarse a quien ocupó el primer puesto dentro de un concurso, no pueden someterse a un trámite dispendioso y demorado como es el ordinario, pues con ello se está prolongando en el tiempo la violación del derecho fundamental” (Sentencia T-569 de 2011).

13 Sentencia T-1316 de 2001.

14 Eso sostuvo esta Corporación en la sentencia C-531 de 1993 mediante la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, precepto que definía el perjuicio irremediable como aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

15 Sentencia C-531 de 1993.

16 Por ejemplo en la sentencia T-1316 de 2001 se definen las características del perjuicio irremediable en los siguientes términos: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. Así mismo, en la sentencia T-719 de 2003 se sostiene: “La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso

particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”.

17 Sentencias T-719 de 2003, T-804 de 2005.

18 Sentencias T-992 y T-1244 de 2005.

19 Sentencias T-1128 y T- 1268 de 2005, T-491 de 2006.

20 Sentencia T-605 de 2005.

22 Sentencia T-1316 de 2001.

23 Sentencia T-778 de 2005.

24 Sentencia T-143 de 2003 y T-1093 de 2004. Adicionalmente, en la sentencia T-1093 de 2004 se señalan algunos requisitos específicos para la configuración de un perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de una sanción disciplinaria los cuales es preciso destacar debido a la relevancia que tienen en el caso concreto, tales requisitos son entre otros: (i) que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio en cuestión llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la afectación irremediable del derecho fundamental invocado. En la mencionada sentencia no se exige que

los anteriores requisitos se presenten de manera concurrente, basta entonces que estén presentes algunos de ellos para que la acción de tutela se torne procedente.

25 Sentencia T-659 de 2005.