

ACTO ADMINISTRATIVO-Diferencias y carácter

ACTO ADMINISTRATIVO DE REVOCATORIA DE ADJUDICACION DE CONTRATO-No puede calificarse como un acto de ejecución por cuanto sus efectos implicaron la modificación de una situación jurídica particular y concreta

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para controvertir actos administrativos

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cuestionar actos administrativos cuando no ha habido vulneración de derechos fundamentales y por existir otros medios de defensa judicial

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cuestionar acto administrativo de revocatoria de la Resolución 3485 de 2008 proferida por el Ministerio del Interior y de Justicia

JUEZ DE TUTELA-Desbordamiento de funciones por parte del Consejo Superior de la Judicatura

Referencia: expediente T-2338858

Acción de tutela instaurada por Luís Eduardo Montoya Medina en nombre y representación de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria, contra el Ministerio del Interior y de Justicia.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Maria Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luís Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, -Sala Disciplinaria-, el nueve (09) de marzo de dos mil nueve (2009) y, en segunda instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura, - Sala Jurisdiccional Disciplinaria - ,el siete (07) de mayo del mismo año, dentro de la acción de tutela instaurada por Luís Eduardo Montoya Medina, como representante legal de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria contra el Ministerio del Interior y Justicia.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009), proferido por la Sala de Selección Número Ocho.

## I. ANTECEDENTES

Luís Eduardo Montoya Medina presentó acción de tutela contra el Ministerio del Interior y de Justicia por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de los miembros de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria<sup>1</sup> - conformada por las siguientes sociedades: Unión Eléctrica SA, EGB Ltda., Ingeniería Telemática G y C, Adcom Ltda., Interamericana de Sistemas y Seguridad, INTERSEC SA y Meltec Comunicaciones S.A.-; al expedirse por dicho Ministerio la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 "Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008".

Mediante la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008, se había adjudicado a la Unión Temporal el proceso de selección abreviada de menor cuantía N° 1 de 2008, cuyo objeto era contratar "...El ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos (02) años de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional".

Durante el trámite de la tutela, el a quo mediante auto del diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) ordenó que en el término de tres (3) días el señor Luís Eduardo Montoya Medina, allegara los poderes de representación de cada una de las sociedades que conformaban a la Unión Temporal Seguridad Carcelaria dado que en el expediente no constaba dicho mandato. Ello porque las Uniones Temporales y Consorcios, no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman

dichas asociaciones y al no poseer naturaleza jurídica propia, no tienen capacidad para comparecer en procesos ante autoridades judiciales.<sup>2</sup>

Si bien es cierto cada uno de los poderes fue aportado al proceso dicha omisión hubiese podido ocasionar una causal de improcedencia de la tutela.

## 1. Hechos

1.1. El Ministerio del Interior y de Justicia mediante Resolución No 2474 del 29 de agosto de 2008 abrió el Proceso de Selección No.1 de 2008, para contratar “el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos (2) años de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional”. Por un valor de cincuenta y tres mil quinientos treinta y siete millones ciento setenta y cuatro mil setecientos dos pesos (\$53.537.174.702.00).

1.2. El día 22 de octubre de 2008, de acuerdo con el cronograma publicado en la SECOP se llevó a cabo la audiencia de cierre, y tal y como consta en el acta, se presentaron tres (3) propuestas: (i) UNION TEMPORAL CARCELES 2008 integrada por EBC Ingeniería S.A., Cipecol Ltda, Control Box Ltda, Rapiscan System Inc, Security Business Ltda; (ii) UNION TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA integrada por Unión Eléctrica S.A., EGC Ltda, Ingeniería Telemática G y C, Andacom Ltda, Interamericana de Sistemas y Seguridad, INTERSEG S.A., Meltec Comunicaciones S.A.; (iii) UNION TEMPORAL PROTECCION INTEGRAL CARCELARIA integrada por Security Video, Equipment Ltda, Compañía Latinoamericana de Seguridad y Protección Ltda, Diebold de Colombia S.A., MDA Security Monitoreo Digital Atlas Ltda, Verytel S.A., EBC Ingeniería S.A. y Control Box Ltda.

1.3. Una vez efectuado el estudio de las ofertas por las uniones temporales: Unión Temporal Cárceles 2008 y la Unión Temporal Protección Integral Carcelaria, y dando estricta aplicación al pliego de condiciones, se determina que en dos de las propuestas presentadas ante la entidad aparecen como integrantes de las mencionadas Uniones Temporales, las firmas: EBC Ingenieros S.A. y Control Box Ltda., y “...la participación de dos integrantes en dos Uniones Temporales “(...) va en contravía de lo establecido en el pliego de condiciones (...) conforme a lo anteriormente expuesto, es claro que el Ministerio no puede inaplicar una causal de rechazo”. Es así como en la Resolución No

3485 del 27 de noviembre de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008” se rechazó la primera y la tercera propuesta, habilitando a la Unión Temporal Carcelaria como única proponente, la cual, tras llevarse a cabo la calificación de la propuesta obtuvo 990 puntos sobre 1000 posibles.

1.4. El 27 de noviembre de 2008 el Ministerio del Interior, expidió la Resolución 3485 de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008”, para “el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos (2) años de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional”, a la Unión Temporal Seguridad Carcelaria por un costo de cincuenta y tres mil quinientos treinta y siete millones ciento setenta y cuatro mil setecientos dos pesos (\$53.537.174.702.00) para ejecutar en un plazo de dos (2) años a partir de la suscripción del mismo. Señala el demandante que durante todo el proceso estuvo presente la Procuraduría General de la Nación.

1.5. Mediante oficio DP No. 01371 del 10 de diciembre de 2008 radicado en el Ministerio del Interior y de Justicia, la Procuraduría, tras haber recibido información del Fiscal General de la Nación para la época, doctor Mario Iguarán, en la que se hacía mención a unas interceptaciones telefónicas en las que constataban que una de las sociedades participantes pretendía favorecer a la Unión Temporal Seguridad Carcelaria-, solicitó al Ministerio revocar la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008” sosteniendo que “la Unión Temporal Seguridad Carcelaria se valió de medio (sic) ilegales para obtener la adjudicación del referido contrato”.

1.6. Con base en tal información y a solicitud de la Procuraduría, el Ministerio del Interior y de Justicia expidió la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 “Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008” por considerar “Que según comunicado del Procurador General de la Nación del 10 de diciembre de 2008, radicada en este Ministerio el 11 del mismo mes y año, y en virtud al acompañamiento preventivo que se ordenó por dicho órgano de control al proceso de selección abreviada No. 01 de 2008, mediante el auto del 10 de noviembre de 2008, manifestó: ‘En el día de

hoy he tenido conocimiento del informe de policía judicial remitido por el señor Fiscal General de la Nación, en donde se observa con absoluta nitidez la estrategia ilícita desarrollada por algunos integrantes de las sociedades o empresas participantes en el aludido proceso contractual que desde luego le restan transparencia y legalidad a las actuaciones y decisiones que soportan el negocio jurídico ya referido. En efecto, el citado informe rendido ante un Fiscal de la Unidad Especializada de Delitos contra la administración pública señala como la señora DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, representante legal de la empresa CIPECOL y al mismo tiempo de la Unión Temporal CARCELES 2008, aprovechando las discrepancias surgidas al interior de esta última decide participar en el referido proceso contractual no para, en igualdad de condiciones y atendiendo el principio de libertad de concurrencia ofrecer al Ministerio una propuesta seria y objetiva acompañada con las reglas previstas en el pliego de condiciones con vocación ganadora, sino para ayudar o colaborar de manera eficaz y efectiva a que en últimas el beneficiado con el contrato fuera la UNION TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA, como efectivamente sucedió (...). La anterior solicitud se formula en el marco de nuestra función preventiva señalada en el artículo 277 numerales 3°, 5° y 7° de la Carta Política. Funciones que son reiteradas y desarrolladas en el artículo 7° del decreto 262 de 2000, numeral 37, en donde se establece como función del Procurador General Solicitar la suspensión de actuaciones administrativas a la revocatoria de los actos administrativos a ellas referentes en defensa del orden jurídico o del patrimonio público (...)'". En consecuencia, el Ministerio del Interior resolvió "en acatamiento a lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación mediante Oficio DP No. 01371 del 10 de diciembre de 2008, revocar la Resolución No. 3485 del 27 de noviembre de 2008 'por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor cuantía No. 01 de 2008'".

1.7. La parte accionante señala que cuando se expidió la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 "Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008" no se le permitió ejercer su derecho a la defensa, toda vez que pese a haber interpuesto recurso contra la decisión, este fue rechazado por el Ministerio argumentando que se trataba de un acto de ejecución.

1.8. Sobre este aspecto, cabe anotar que la Unión Temporal Seguridad Carcelaria, recurrió la decisión adoptada en la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 "Por la

cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008” señalando en dicho documento las falencias, que en criterio de la Unión, contenía la motivación plasmada en el mencionado acto administrativo. En escrito radicado en las oficinas del Ministerio del Interior y de Justicia el 5 de enero de 2009, el apoderado de las sociedades accionante señaló: “como se notará, el Ministerio no ha dado cumplimiento a las reglas dispuestas para la revocación de los actos particulares y concretos contenidas en los artículos 74, 14, 34 y 35 del CCA, lo que se estructura como una actuación irregular siguiendo el inciso 2 del art 84 del CCA (...) Tenemos así que la resolución 3691 de 2008 violó las normas constitucionales y legales de la investigación de los delitos en el país porque se anticipó, no esperó a que se obtuviera con veracidad el motivo del art 9 de la ley 1150 de 2007 (...) La Resolución 3691 invadió la competencia del Fiscal y de los jueces competentes para determinar que está demostrado que la UNION TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA es la responsable de haber procedido por medios ilegales a que se produjera el acto número 3485 de 2008”.<sup>3</sup>

1.9. El Ministerio del Interior mediante Resolución 118 del 19 de enero de 2009 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008” rechazó el recurso presentado por el señor Luís Eduardo Montoya Medina en representación de las sociedades Unión Eléctrica SA, EGB Ltda., Ingeniería Telemática G y C, Adcom Ltda., Interamericana de Sistemas y Seguridad, INTERSEC SA y Meltec Comunicaciones S.A., argumentando que la decisión estaba contenida en un acto de ejecución o de acatamiento a lo dispuesto por el Procurador General de la Nación en oficio 1371 del 10 de diciembre de 2008, y que por tal motivo “no es susceptible de recurso, aunado al hecho de que en contra de las decisiones que resuelven una revocatoria directa no proceden los recursos en vía gubernativa”.<sup>4</sup>

1.10. Sostiene la parte demandante que con tal actuación, se ha visto afectado su derecho fundamental al debido proceso por parte del Ministerio del Interior y de Justicia. Considera que en virtud del artículo 86 Superior y las disposiciones consagradas en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para hacer valer los derechos vulnerados.

1.11. El accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial

argumentando que las acciones ordinarias no eran lo suficientemente expeditas, eficaces e idóneas. “En el asunto materia de examen, luego de que el Ministerio del Interior y de Justicia rechazara de plano la reposición incoada tal y como lo plasmó en la Resolución 0118 del 19 de enero de 2009, a mi representada no le resta sino acudir al operador de tutela -como en efecto se hace a través del presente libelo- para solicitar, de manera respetuosa pero enfática, el restablecimiento del ejercicio de los derechos fundamentales vulnerados por el Ministerio del Interior y de Justicia porque, como a continuación pasa a explicarse, la demanda de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la controversia contractual prevista por la legislación contencioso administrativa, NO es el remedio expedito, eficaz e idóneo que procede para el evento.”<sup>5</sup>(negrilla y mayúsculas del texto original).

1.12. Señala que las Resoluciones 3691 del 11 de diciembre de 2008 “Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008” y la 118 del 19 de enero de 2009 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008”, desconocieron el derecho fundamental de la parte actora al debido proceso en cuanto no se le notificó de la decisión de revocar el acto de adjudicación del contrato objeto de la controversia y por otro lado se rechazó de plano un recurso que legalmente debía ser resuelto de fondo por la entidad demandada.

Recuerda el accionante que “la decisión de la revocatoria en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver situaciones todas ajenas a la actuación de manera arbitraria y sin el consentimiento del titular”.<sup>6</sup>

En relación al proceso administrativo que según la actora se tuvo que surtir, sostiene que “ese proceso administrativo fue precisamente el que no se cumplió por la accionada, lesionando el derecho al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, la presunción de inocencia de la accionante (art. 29 CP), lesionando la buena fe de los particulares ante las autoridades públicas como los derechos fundamentales con ellos concordantes”.<sup>7</sup>

### 1.13. Pretensiones

Con arreglo a las anteriores consideraciones, los accionantes solicitan que se dejen sin efectos: la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008, mediante la cual se revocó la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008”; y la Resolución 0118 del 19 de enero de 2009, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición contra el acto de revocatoria. En consecuencia, piden los actores que se ordene “al Ministerio del Interior y de Justicia que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, agote, de manera sucesiva y sin solución de continuidad, el trámite legal para suscribir el contrato estatal con el objeto de llevar a cumplido efecto el acto de adjudicación del la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”.<sup>8</sup>

### 2. Respuesta de la entidad accionada

El Ministerio del Interior y de Justicia procedió a contestar la demanda de tutela mediante escrito del 24 de marzo de 2009 señalando, en primer lugar, que la acción de tutela es improcedente, porque existen otros medios de defensa judicial como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: “El enjuiciamiento de los actos administrativos que profieren las autoridades per se está atribuido al juez administrativo y no al constitucional”. Sostiene que frente a los efectos de un determinado acto administrativo puede proceder también la solicitud de suspensión del mismo: “Como es bien sabido, dentro del proceso administrativo le es posible al demandante solicitar la suspensión provisional del acto demandado si considera que éste atenta manifiestamente contra una norma superior demostrando, aún cuando sea sumariamente y en caso de pedir restablecimiento, el perjuicio que la ejecución del acto le pueda ocasionar”.<sup>9</sup> Por lo tanto, establece que la tutela sólo sería procedente si lograra acreditarse la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, lo cual no ocurre en este caso.<sup>10</sup> Señala que, en últimas, a su juicio el juez de tutela mediante su decisión no tiene competencia para ordenar la adjudicación del contrato y su respectivo perfeccionamiento.

### 3. Intervenciones dentro del proceso de primera instancia

La apoderada de las sociedades Control Box Ltda., EBC Ingeniería S.A, Diebold Colombia

S.A. y Security Video Equipment Ltda.,<sup>11</sup> en calidad de terceros con interés eventual en las determinaciones finales que puedan adoptarse en el proceso de tutela, intervinieron para oponerse a la solicitud de amparo. En esencia, sostuvieron que la acción de tutela no era procedente en este caso concreto, al menos por dos razones: en primer lugar, porque hay otros medios de defensa judicial de los derechos fundamentales invocados, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Agregan que ejerciendo tales acciones se habría podido cuestionar la validez de un acto precontractual, como el de revocatoria del acto de adjudicación de un contrato estatal. Por esa razón, no procede como mecanismo principal de defensa. En segundo lugar, aducen que la tutela no procede ni siquiera como mecanismo transitorio, por una parte, porque los tutelantes no probaron la necesidad de evitar un perjuicio irremediable y, por otra, porque cuando interpusieron el amparo ya había caducado la acción pertinente para cuestionar la validez del acto de revocatoria de la adjudicación del contrato.

#### 4. Decisiones judiciales que se revisan

4.2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Sentencia del 7 de mayo de 2009 confirmó el fallo de primera instancia. En su concepto, la acción de tutela es el medio expedito de defensa, porque según se anotó, contra el acto de revocatoria de la adjudicación no proceden las acciones contenciosas. Lo cual expresa así:

“(…) se debe afirmar, que la parte actora, NO dispone de otro mecanismo de defensa, por la sencilla razón de que la resolución proferida por la autoridad accionada y que aquí es objeto de tutela, en principio no es atacable por vía de la jurisdicción Contenciosa Administrativa por cuando ha sido calificada por la misma autoridad accionada, de acto de ejecución cuando asevera, que se limitó supuestamente a cumplir una decisión de la Procuraduría General de la Nación, y en ello insiste, mediante resolución del 19 de enero de 2009, cuando rechaza de plano el recurso interpuesto por la decisión adoptada, lo que hace imposible que se ataque por vía de los Contencioso Administrativo, en cuanto a que el artículo 83 del CCA consagra que esa jurisdicción juzga únicamente los actos administrativos, hechos, operaciones administrativas y los contratos administrativos”.<sup>13</sup>

Por otra parte, consideró la Sala jurisdiccional que la tutela, además de ser procedente, debía ser concedida por violación al debido proceso: “era facultativo de la Administración, si lo consideraba prudente o pertinente, repetimos, pasar a agotar el trámite correspondiente de una actuación administrativa para poder proceder a revocar el acto administrativo de adjudicación del contrato, previo el respeto al debido proceso, al derecho de defensa y contradicción que se le debe garantizar a quien en virtud de un acto administrativo de carácter particular, ya notificado, le ha generado unos derechos adquiridos que no se pueden desconocer ni vulnerar en forma arbitraria y unilateral (...) como sucede en nuestro caso con el acto de adjudicación, debía tenerse en cuenta previamente el agotamiento del procedimiento de ley (...) En conclusión, la vía de hecho que aquí se vislumbra se presenta no por los efectos que produzca la resolución que está siendo cuestionada por la vía de la acción de tutela, por cuanto la Administración tiene la posibilidad legal para hacerlo, pero eso sí, agotando un debido proceso, y no, insistimos, porque no hay defensa”. Por los anteriores motivos, confirmó la decisión de primera instancia. Y, además, adicionó lo siguiente a la parte resolutive: “ORDENAR que la accionada dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, concluya el trámite contractual, por cuanto ya se realizó la adjudicación del contrato mediante Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008” (Subrayas, negrilla y mayúsculas del original).<sup>14</sup>

#### 5. Medios de prueba relevantes en el expediente

- Oficio DEN08-00006005 del 18 de noviembre de 2008 enviado por el Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción al Ministro del Interior, donde se ponen en evidencia las irregularidades del proceso de selección y se solicita que se investiguen.
- Oficio OFI08-36404-SEG-0400 del 26 de noviembre de 2008 expedido por el Ministerio del Interior dirigido al Fiscal General de la Nación con el objeto de poner en conocimiento las denuncias recibidas por la Entidad licitante mediante Oficio DEN08-00006005 del 18 de noviembre de 2008 enviado por el Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

- Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008, “Por medio de la cual se adjudica el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 01 de 2008.
- Oficio DP-01371 del 10 de diciembre de 2008 enviado por el Procurador General de la Nación al Ministerio recomendando la revocatoria de la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008.
- Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008, “Por medio de la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”.
- Resolución 118 del 19 de enero de 2009, “Por medio del cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008”.
- Oficio DP 155 del 10 de febrero de 2009 expedido por el Procurador General de la Nación donde advierte que el oficio DP-1371 del 10 de diciembre de 2008 no tiene efectos vinculantes en cuanto es una recomendación.
- Auto del 10 de marzo de 2009 proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura -Cundinamarca- donde se solicita se saneen los vicios de la representación por activa de la parte actora de la demanda.
- Resolución 0869 del 30 de marzo de 2009 “Por medio del cual se da cumplimiento a un fallo de tutela” expedida por el Ministerio del Interior.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico.

La acción de tutela y las decisiones que se revisan, le plantean a esta Sala el siguiente problema jurídico:

\* ¿Violó el Ministerio del Interior y de Justicia los derechos fundamentales al debido proceso y a la garantía de los derechos adquiridos de los miembros de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria, al haber revocado la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008, “Por medio de la cual se adjudica el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 01 de 2008”?

3. Asunto preliminar. Improcedencia de la acción de tutela.

3.1. Sería del caso estudiar y resolver los problemas jurídicos formulados, si no fuera porque a juicio de esta Sala la acción de tutela presentada por los peticionarios, en este caso concreto, no reúne las condiciones indispensables de procedencia, que le permitan a la Corte estudiar el fondo del asunto.

3.2. En efecto, la tutela que ahora se examina está enderezada a cuestionar la constitucionalidad de la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 “Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”, y la Resolución N° 118 del 19 de enero de 2009 “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 3691 de 11 de diciembre de 2008”, por estimar que con ellas se les violan a los miembros de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria sus derechos fundamentales al debido proceso y a la garantía de los derechos adquiridos. La Sala, empero, considera que el amparo es improcedente, en este caso, porque habiendo existido otros medios de defensa judicial idóneos para obtener la protección de los derechos invocados, no fueron ejercidos e incluso una de las acciones posibles había caducado a la fecha de presentación de la tutela. Además, los interesados interpusieron la tutela sin acreditar la necesidad de evitar un perjuicio irremediable. A continuación la Corte procederá a desarrollar estas razones.

4. La acción de tutela es improcedente por regla general para cuestionar actos administrativos, cuando existan otros mecanismos de defensa, cuando éstos sean idóneos y la acción haya caducado y cuando no se pruebe un perjuicio irremediable.

4.1. El artículo 86 de la Constitución, contempla la tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, que procede de forma principal cuando no

hay otros medios de defensa judicial; o de forma subsidiaria cuando existiendo éstos, la acción constitucional se muestre como el medio eficaz e idóneo para alcanzar la protección de los derechos y evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.<sup>15</sup>

4.2. En este caso, para cuestionar las resoluciones demandadas, el ordenamiento prevé la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el artículo 87 del CCA relativo a las controversias contractuales contempla en su inciso segundo, que todos aquellos 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. Esta acción, procedía para cuestionar la resolución 3691 de 2008 “por medio de la cual se revoca la adjudicación del contrato de selección abreviada 01 de 2008”, pues fue expedida antes de que se celebrara el contrato objeto de controversia.<sup>16</sup> Esto conduciría a la Corte Constitucional a concluir que la acción de tutela no procede, en este caso, al menos como mecanismo principal de protección.

4.3. Sin embargo, a esta última aseveración podría oponerse la tesis de que contra el acto que se cuestiona no proceden acciones judiciales, y por consiguiente, la acción de tutela estaría llamada a proceder como mecanismo principal. Esa fue, de hecho, la postura de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en este proceso, ya que a su juicio no existen acciones para cuestionar la revocatoria debido a que se trata, en este contexto en particular, de un mero acto de ejecución contra el cual no cabe interponer las acciones contenciosas. Para justificar ese aserto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria adujo lo siguiente:

“se debe afirmar, que la parte actora, NO dispone de otro mecanismo de defensa, por la sencilla razón de que la resolución proferida por la autoridad accionada y que aquí es objeto de tutela, en principio no es atacable por vía de la jurisdicción Contenciosa Administrativa por cuanto ha sido calificada por la misma autoridad accionada, de acto de ejecución cuando asevera, que se limitó supuestamente a cumplir una decisión de la Procuraduría General de la Nación, y en ello insiste, mediante resolución del 19 de enero de 2009, cuando rechaza de plano el recurso interpuesto por la decisión adoptada, lo que hace imposible que se ataque por vía de los Contencioso Administrativo, en cuanto a

que el artículo 83 del CCA consagra que esa jurisdicción juzga únicamente los actos administrativos, hechos, operaciones administrativas y los contratos administrativos”.<sup>17</sup>

4.4. Con todo, esta Sala de Revisión considera que las razones esgrimidas por el Consejo Superior de la Judicatura son insuficientes, con miras a fundamentar la procedencia de la acción de tutela. Para empezar, si se considera que contra un acto de revocatoria de adjudicación no procede acción alguna por el simple hecho de que en él, expresamente, la misma autoridad que lo expida considere que es un acto de mera ejecución, se debilitan de un modo notable las garantías del debido proceso administrativo. En efecto, el artículo 29 de la Constitución contempla el derecho de todas las personas “a la defensa”, garantía que hace parte del debido proceso cuya observancia se impone “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Este derecho implica para la administración el deber de evitar la indefensión de los administrados, y se materializa, por ejemplo, en la necesidad jurídica de motivar los actos de manera que no se resten injustificadamente, las posibilidades legítimas que tiene, el administrado, de cuestionarlos en los términos de la ley.

Aun cuando la administración estime que la naturaleza de su acto es de ejecución, lo determinante para establecer si contra él proceden las acciones de ley, es la configuración, naturaleza, fines y efectos del mismo, y no la simple voluntad exteriorizada de la administración. Por consiguiente, la Corte considera que con independencia de cuál sea la naturaleza del acto, no es suficiente para determinar si es cuestionable ante la jurisdicción el que la administración considere expresamente que no lo es. En este caso, entonces, para definir si es posible cuestionar el acto mediante las acciones contenciosas, es necesario verificar cuáles han sido los criterios para establecer cuándo un acto es de ejecución.

4.5. Pues bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha logrado establecer diferencias entre los distintos tipos de actos administrativos, así como ha consolidado la teoría según la cual el carácter de los mismos depende de los fines y efectos que en la vida jurídica produzca su expedición. Es así como en la sentencia SU-201 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell) se estudió el caso de un particular que cuestionaba actos de trámite, porque a su juicio, le violaban su derecho fundamental al debido proceso. En esa

oportunidad, para decidir si la acción de tutela procedía, la Corte precisó la diferencia entre actos de trámite y definitivos:

“[l]os actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia C-1436 de 2000 (MP Alfredo Beltrán Sierra) al señalar que los actos administrativos de carácter definitivo son aquellos que incluyen “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”. Es así como se ha podido concluir que “La doctrina<sup>18</sup> en materia administrativa, ha distinguido a los actos administrativos según el contenido de la decisión que en ellos se articula y sus efectos, en actos de trámite o preparatorios y en actos definitivos. Los primeros son los que se encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Los segundos son, obviamente, los actos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”. En efecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha ocupado de las consecuencias de esta distinción al aplicar e interpretar el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, según el cual son actos definitivos, que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.<sup>19</sup> El fallo citado concluye señalando que se ha sostenido, por ejemplo, que no son susceptibles de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos por tratarse de actos de trámite o preparatorios, entre otros: las comunicaciones y oficios,<sup>20</sup> los certificados que se expidan con el fin de obtener determinado permiso o autorización por parte de la administración,<sup>21</sup> los pliegos de cargos y el auto que ordena la apertura de la investigación,<sup>22</sup> el auto que ordena la realización de una inspección tributaria y el acta

que se extiende en dicha diligencia,<sup>23</sup> el auto de mandamiento ejecutivo expedido dentro de un juicio de jurisdicción coactiva,<sup>24</sup> y los actos dentro de los procesos electorales diferentes al declaratorio de elección”.<sup>25</sup>

4.6. Con arreglo a los anteriores criterios, es posible concluir que la revocatoria de la adjudicación, en este caso, no podría calificarse como un acto de ejecución, pues sus efectos implicaron la modificación de una situación jurídica particular y concreta: la Unión Temporal pasó de la condición de adjudicatarios a una situación exactamente opuesta. Si a esto se le suma, entonces, que el acto es anterior a la celebración del contrato estatal, contra él procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que según el inciso segundo del artículo 87, Código Contencioso Administrativo: “[l]os 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”.<sup>26</sup>

4.7. Adicionalmente, la acción de nulidad y restablecimiento era eficaz, en este caso, para salvaguardar los derechos fundamentales invocados por los tutelantes. En efecto, no hay elementos en el expediente que le permitan a la Corte arribar a la conclusión de que si no se actúa con la prontitud e inminencia propia de la acción de tutela, se les pueda irrogar a los tutelantes un perjuicio irremediable. Por el contrario, del acerbo probatorio se puede deducir que si existía el riesgo de que sufrieran un perjuicio, este no sería grave desde un punto de vista constitucional, pues no amenaza con privarlos de las condiciones que hagan posible una existencia digna. Todo cuanto puede advertirse es que, en definitiva, se les podría irrogar a los tutelantes un perjuicio de carácter puramente patrimonial, elemento que resulta insuficiente para sostener que la acción de tutela deba declararse procedente a pesar de haber existido otros medios de defensa judicial.<sup>27</sup>

4.8. Por lo demás, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho son eficaces en principio, sin que sea válido aducir para pretender una procedencia excepcional de la tutela el tiempo que regularmente tarda el juez contencioso en fallarlas definitivamente. Así lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en sentencia T-1225 de 2004. En ella, al examinar la tutela instaurada por EMTULUA E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones por la

disolución de TELETULUA S.A. E.S.P., la Corte consideró que el amparo, es un mecanismo subsidiario y que sólo procede, cuando haya otros medios de defensa, si se emplea para evitar un perjuicio irremediable o si las acciones principales no son idóneas. Pero agrego que no es indicativo de la idoneidad de la tutela, que el medio natural de defensa sea demorado. En aquella oportunidad la Corte señaló lo siguiente:

“El medio ordinario de defensa judicial debe ser eficaz e idóneo para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Tal grado de eficacia se aprecia en concreto, en atención a las circunstancias en que se encuentre el solicitante y de los derechos constitucionales involucrados.<sup>28</sup>

Para la Corte, ‘La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo -carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso -y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios’.<sup>29</sup>

No obstante lo expresado, el examen de la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial no puede restringirse a establecer cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si tal ejercicio se fundara exclusivamente en dicho criterio, la jurisdicción de tutela, por los principios que la rigen y los términos establecidos para decidir, desplazaría por completo a las demás jurisdicciones y acciones, con salvedad del habeas corpus. Si se admitiera tal consideración se desdibujaría la configuración constitucional sobre la tutela. Por ello, la Corte ha precisado que aquel ‘análisis impone tomar en cuenta que el juez ordinario al resolver respecto de la acción contenciosa está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar, además, el pago de la indemnización respectiva si a ello hubiere lugar. Lo contrario, sería pasar por alto que la ley ha dispuesto una jurisdicción y un trámite al servicio de la resolución de controversias de esta naturaleza’<sup>30</sup>.”

Por consiguiente, debe afirmarse que la simple diferencia entre el tiempo que requiera un proceso respecto del procedimiento informal y sumario constitucional, no constituye argumento válido ni suficiente para acusar de poco idóneo o ineficaz la acción contenciosa. Más allá de la mencionada celeridad o lentitud de los procesos no se coligen de la demanda razones fundadas para pensar que deba tramitarse la acción de tutela en demérito de las acciones naturales, que por demás a la fecha de la presentación de la tutela ya estaba caducada. Debe recordarse que el mecanismo de tutela no pretende desplazar ni remplazar los recursos ordinarios, cumple una función excepcional frente a casos donde puestos en peligro los derechos fundamentales, sólo puedan verse salvaguardados por la acción inmediata del juez de tutela.

4.8. Todo esto es suficiente para declarar improcedente la acción de tutela invocada por los peticionarios en este caso. Pero existe una razón adicional para hacerlo, esta vez, debido a que los accionantes dejaron caducar la acción natural que el ordenamiento jurídico les ofrecía para hacer exigibles sus derechos. En ese sentido, debe reiterarse que la Corte Constitucional, por ejemplo en la Sentencia T-169 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), ha considerado como una causal genérica de improcedencia, la de haber dejado caducar las acciones de que dispone el tutelante. La improcedencia general de la tutela cuando el interesado dejó caducar las demás acciones judiciales procedentes en principio, está justificada al menos por dos razones. En primer lugar, porque con ella la jurisprudencia garantiza el respeto por la competencia que, en principio, tiene el legislador para definir “las formas propias de cada juicio” (art. 29, C.P.). En segundo lugar, porque persigue garantizar un óptimo nivel de certidumbre jurídica, al exigir un respeto adecuado de los términos definidos en la ley para discutir los asuntos litigiosos ante el juez natural de la causa.

Asimismo, en la Sentencia T-514 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), la Corte declaró improcedente una acción de tutela contra el acto administrativo de incautación de una aeronave, en parte debido a que el actor había dejado caducar las acciones contenciosas, procedentes de forma principal, para impugnar los referidos actos. Así dijo la Corporación, en aquella oportunidad:

“un estudio detenido de los hechos del caso en función de su sucesión temporal, permite a la Corte concluir que la acción de tutela fue instaurada cuando al menos una de las acciones ante lo contencioso administrativo, la de nulidad y restablecimiento del derecho, había caducado. Ahora, sin que exista noticia en el expediente de la prosecución de un proceso ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, promovido con el propósito de adelantar la defensa judicial de los intereses del señor Franco Berón en relación con el decomiso de la avioneta de matrícula argentina LV RZA marca Piper, es innegable que la acción de tutela fue indebidamente empleada por el actor para enervar su propia incuria ante el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales pertinentes”.<sup>31</sup>

También en la Sentencia T-912 de 2006 (MP Manuel José Cepeda) la Sala al resolver una acción de tutela interpuesta contra la Universidad del Atlántico por el no reconocimiento de una pensión de invalidez, reiteró la posición hasta el momento planteada. Es decir, que deberá declararse improcedente la acción de tutela toda vez que las acciones ordinarias hayan caducado:

Por regla general, para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte Constitucional ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, al definir su procedibilidad es preciso examinar si no existe otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, adicionalmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.<sup>32</sup>

Ahora bien, estos parámetros generales no son absolutos. Al contrario, son válidos en principio y mientras no se demuestre que, por ejemplo, la caducidad tuvo lugar por razones que no le eran imputables al titular, como por haberse visto imposibilitado, merced a una fuerza mayor, para interponer las acciones en tiempo. Es así que la Corte, por

ejemplo en la Sentencia T-832 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), decidía el caso de unas personas que interpusieron acción de tutela cuando ya habían caducado las acciones ordinarias. La Corporación estableció que no por el simple hecho de haber dejado pasar la oportunidad, legal y reglamentariamente establecida para defender los derechos fundamentales por las vías y en la forma dispuesta por el derecho ordinario, la tutela debía ser declarada improcedente. De acuerdo con la Corte, es un deber del juez el de hacer una ponderación caso a caso, entre las razones que militan a favor del respeto definitivo de los términos legales, y las que hay a favor de la protección específica del juez de tutela en el caso concreto, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable:

“en ciertos casos el juez de tutela se encuentra en la obligación de ponderar los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que se hallan en juego para determinar si hay o no lugar al amparo constitucional pretendido. De allí que si esa ponderación le permite inferir que la improcedencia de la acción de tutela, por no haber ejercido adecuadamente los mecanismos ordinarios de protección, no sólo deja vigente la vulneración de los derechos fundamentales de los actores, sino que, además, conduce a un sacrificio desproporcionado de otros principios y valores constitucionales, se halle en el deber de explorar otras alternativas de solución que conlleven el menor sacrificio posible de tales principios y valores”.<sup>33</sup>

Con todo, en el presente caso no existen razones para pensar que el vencimiento de los términos de las acciones contenciosas previstas para atacar la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 “Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”, se deban a alguna de las causales de necesidad manifiesta que la jurisprudencia ha acuñado para que de manera excepcional sea procedente el amparo constitucional aún habiéndose vencido los términos de las acciones ordinarias.

## 5. Conclusión

5.1. Llevadas estas consideraciones al caso concreto, conducen a esta Sala a concluir que la tutela instaurada es improcedente para cuestionar la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 “Por la cual se revoca la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008” dado que se ha demostrado lo siguiente: (i) existían acciones mediante las cuales se

hubiera podido atacar ante la jurisdicción contenciosa los actos controvertidos; (ii) al momento de presentarse la tutela la acción contenciosa había caducado; (iii) se pudo corroborar la ausencia de un perjuicio irremediable constitucionalmente relevante. Siendo así y dándose las anteriores condiciones, no puede el juez de tutela declarar procedente la presente acción. Por el contrario, está en la obligación de declarar improcedente el amparo e instar a la parte actora para que acuda a la jurisdicción contenciosa y en el escenario natural dirima las controversias jurídicas que son objeto de análisis.

5.2. Aunado a las anteriores conclusiones, esta Sala considera oportuno señalar que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el fallo del 7 de mayo de 2009, por medio del cual confirma parcialmente y adiciona la sentencia del 25 de marzo de 2009 -proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca- en el sentido de amparar los derechos fundamentales al debido proceso pretendidos por el accionante, y ordenar al Ministerio del Interior suscribir el contrato adjudicado mediante el proceso de selección abreviada de menor cuantía No 01 de 2008, desbordó sus funciones como juez de tutela. De hecho, no sólo concedió el amparo deprecado por la parte actora, sino que impartió una orden para la cual no se encontraba facultado, dado que la competencia para emitirla sólo podía provenir del juez natural de la causa después de haberse surtido el proceso ordinario previsto por Ley. Ha sido enfática y reiterativa la jurisprudencia de este Tribunal al determinar que no es del resorte del juez constitucional resolver de fondo asuntos que son de competencia de la jurisdicción ordinaria y en todos los casos debe limitarse exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales involucrados. Es así como, a todas luces, es evidente que la orden impartida por el Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de celebrar el mencionado contrato, no tiene asidero en un plano constitucional, dado que dicha orden no está encaminada de manera directa a proteger y garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados por el Ministerio del Interior.

### III. DECISIÓN

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

## RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 7 de mayo de 2009, que a su vez confirmó parcialmente y adicionó la sentencia proferida el 9 de marzo de 2009 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura -Cundinamarca. En consecuencia, DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela.

Segundo.- Como consecuencia de esta decisión procederá la liquidación del contrato celebrado para el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional, en el estado en que se encuentre.

Tercero.- COMPULSAR copias de esta providencia y del proceso a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación para que tengan conocimiento del caso y de ser procedente comiencen las investigaciones pertinentes.

Cuarto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 De conformidad con las pruebas que obran en el expediente (folios 115 al 118) la Unión Temporal Seguridad Carcelaria fue conformada, según consta en el acta N° 1 de 2009, por las sociedades comerciales Unión Eléctrica SA, EGB Ltda., Ingeniería Telemática G y C, Adcom Ltda., Interamericana de Sistemas y Seguridad, INTERSEC SA y Meltec Comunicaciones S.A., dichas empresas nombraron al señor Luís Eduardo Montoya Medina como representante Legal de la Unión temporal Seguridad Carcelaria (folio 117).

2 En sentencia del 2 de febrero de 2005 Radicación número 25000-23-26-000-2004-00831-01(28005) (MP Alier Eduardo Hernández) se dispuso que “las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones. Al no poseer tal naturaleza jurídica, no tiene capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. En virtud del artículo 6 de la ley 80, las uniones temporales al igual que los consorcios, pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Esto significa que, por disposición legal, dicha figura puede participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos pero no implica, y así lo ha precisado la jurisprudencia en diferentes oportunidades, que tenga capacidad para participar en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil”. En el mismo sentido se pronunció la Corporación en sentencia 7 de diciembre de 2005 Radicación número 76001-23-31-000-1998-00091-01(27651) (MP. Alier Eduardo Hernández), al establecer que los consorcios -los cuales hallan diferencia con las Uniones Temporales en relación a la repartición de la responsabilidad en materia de sanciones- en sede de litigio, actúan como un litisconsorcio necesario: “La Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso. La figura del litisconsorcio necesario

está contemplada en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. Esta tesis sufrió una modificación en auto del 13 de mayo de 2004. En efecto la Sala consideró, en tal oportunidad, que la figura del litisconsorcio necesario por activa no se aplica cuando la Unión Temporal o el Consorcio no ha sido seleccionado en el proceso de contratación y comparece uno de sus miembros a hacer la reclamación respectiva. En la misma providencia la Sala consideró que la situación era diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque como se anotó, esa condición crea la relación jurídica sustancial de los miembros del Consorcio o Unión Temporal. Debe la Sala reestudiar el punto para precisar que, en este caso, se configura un litisconsorcio necesario respecto de la Unión Temporal adjudicataria, porque el litigio debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que intervinieron en el proceso contractual". Léase también la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 13 de mayo de 2004, Radicado 15321 (MP Ricardo Hoyos). En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de septiembre de 2006 Radicado N° 88001-31-03-002-2002-00271-01 (MP Jaime Arrubla Paucar), igualmente señaló que dada la naturaleza de los Consorcios y Uniones Temporales, su vida depende del negocio jurídico para el cual éstas se conformaron. Una vez dicho negocio decaiga o se declare inexistente, no podrán alegarse derechos en su nombre. Será entonces necesario que cada una de las partes que conformaban dicha asociación se presente como si se hubiera conformado un litisconsorcio necesario. También pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional, C-414 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell); T-512 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

En el presente caso, consta de folios 130 a 170 -Cuaderno Principal- que el señor Montoya Medina subsanó el vicio de representación allegando los poderes y certificados de representación legal de cada una de las empresas y sociedades que durante el trámite precontractual se constituyeron como Unión Temporal.

3 Expediente, Folio, 109, cuaderno principal.

4 Expediente, Folio, 86, cuaderno principal.

5 Expediente, Folio, 6, cuaderno principal

6 Folio 22, cuaderno 1 del expediente de tutela.

7 Folio 26, cuaderno 1.

8 Folio 26, cuaderno 1.

9 Expediente, Folio. 223, cuaderno principal.

10 Para sustentar el argumento trae a colación lo decidido en la sentencia T-1225 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) donde el juez constitucional establece que dado el carácter subsidiario de la tutela, cuando el accionante dispone de otro mecanismo de defensa judicial el juez de tutela ha de analizar (i) si dicho medio es idóneo y eficaz, y en caso de que la respuesta resulte afirmativa, (ii) si se presenta un perjuicio irremediable que amerite que la tutela proceda como mecanismo transitorio (folios 219-232, cuaderno 1). Reitera que en el presente caso no existe duda sobre la existencia de otros mecanismos de defensa para los integrantes de la UT.

11 Estas sociedades participaron en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 01 de 2008 como la Unión Temporal Cárceles 2008. En la presente acción actúan como terceros interesados en la causa, dado que el rechazo de su oferta se produjo como consecuencia de los actos y hechos que condujeron a la revocatoria del acto de adjudicación mediante resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008.

12 El fallo de primera instancia fue impugnado por el demandante, quien solicita que se ordene la celebración del contrato, por parte del Ministerio del Interior y de Justicia.

13 Folio 57, c.2.

14 Cuatro magistrados del Consejo Superior de la Judicatura aclararon el voto señalando que la administración puede hacer uso de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, si se quiere justificar la revocatoria por supuestos vicios de ilegalidad, ello supone, en un primer momento, que exista efectivamente una investigación pendiente; segundo, que no puede afirmarse con certeza que exista una ilegalidad toda vez que para ello se requiere de fallo en dicho sentido proferido por la autoridad encargada de adelantar la respectiva investigación. (folios 72 a 76 y 123 a 133, cuaderno 2). En sentir de los Magistrados que aclararon el voto a pesar de estar de acuerdo con la decisión de garantizar el derecho al debido proceso, no puede el juez de

tutela ordenar la suscripción del contrato en cuanto ello desborda la competencia legal y constitucionalmente atribuida.

15 De acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, “[l]a acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será aplicada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”

16 Al respecto se ha pronunciado esta Corte de la siguiente manera: ‘la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”. Sentencias C-712 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); C-1048 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

17 Folio 57, c.2.

18 Entre otros: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, Manual de derecho procesal administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 1992; Gordillo, Agustín, Tratados de derecho administrativo, Tomo III. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979 y en Francia Auby Jean-Marie y Drago Roland. Traité de Contentieux Administratif. L.G.D.J., París, 1984, pág. 165.

19 Ya desde 1972 el punto suscitó un salvamento de voto sobre el grado de precisión con el cual debía identificarse cada acto administrativo (Salvamento de voto de Miguel Lleras Pizarro a la Sentencia del 27 de octubre de 1972; C.P. Carlos Portocarrero M. Anales del

Consejo de Estado LXXXIII, nos. 435- 436 pág. 429 de 1972. En dicha sentencia, el Consejo de Estado definió las características de los actos administrativos complejos).

20 “En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 3 de marzo de 1980; C.P. Ignacio Reyes Posada (En dicha sentencia, el Consejo de Estado confirmó una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se declara inhibido para pronunciarse sobre una acción de nulidad interpuesta en contra de una comunicación expedida por el Ministerio de Justicia. Tanto el Tribunal como el Consejo de Estado encuentran que no es la comunicación un acto administrativo, sino el decreto que da lugar a la misma. En este orden de ideas, es contra el mencionado decreto contra el que de debió interponer la acción).

21 En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de octubre de 1988; C.P. Javier Henao Hidrón. (Citado por: Penagos, Gustavo, El acto administrativo Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 1996).

22 En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Samuel Buitrago Hurtado (En dicho auto, el Consejo de Estado inadmitió la solicitud de la sociedad actora de que se ordenará la suspensión provisional del acto administrativo dictado por la entidad pertinente, en el cual se dispuso abrir investigación de carácter administrativo). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Enrique Low Murtra (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó un auto expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio del cual se denegó la admisión de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de junio de 1999; C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicho auto, el Consejo de Estado confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que deniega la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, por medio del cual se formulan cargos contra la accionante).

23 En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de abril de 1996; C.P. Consuelo Sarria Olcos (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se afirma que el acta de inspección tributaria no requiere, más allá de su adecuada motivación, de fórmulas jurídicas extraordinarias por tratarse de un acto que no tiene la característica de definitivo)" (citas originales del fallo).

25 En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 17 de noviembre de 1995 C.P. Mario Alario Méndez (En dicha sentencia, el Consejo de Estado niega la pretensión del accionante de declarar nulo el acto por medio del cual se hizo la elección del Procurador General de la Nación para el período 1994 - 1998. El Consejo niega la acción por encontrar que la pretensión del actor consiste en que se declare no la nulidad de la elección, el cual es un acto definitivo, sino el acta de escrutinio de uno de los jurados, el cual es un acto preparatorio).

26 Sobre este tema el Consejo de Estado en Sentencia del 2001/12/13, Expediente No. 19777, Dr. Ricardo Hoyos Duque dice: '... El inciso segundo de la norma transcrita <art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del art. 87 del C.C.A.>, estableció una innovación considerable en materia de caducidad de las acciones en contra de los actos previos a la celebración del contrato, en tanto los sustrajo de la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses previsto en el art.

136 del c.c.a para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que sólo podrán impugnarse dentro del término especial de los 30 días, siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso, cualquiera sea la acción que se escoja.

De la misma manera, debe entenderse modificado por la preceptiva anterior el párrafo 1º del art. 77 de la ley 80 de 1993, en tanto la impugnación del acto de adjudicación debe ejercerse dentro del término especial señalado por el art. 87 del c.c.a y no en el general previsto por el art. 136; así mismo sufrió modificaciones lo estipulado en el párrafo segundo, pues aquello de que 'para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina', debe ahora armonizarse con lo dispuesto

en el inciso segundo del art. 87, en cuanto en algunos casos si será necesario demandar la nulidad del contrato.’

En esta Sentencia el Consejo de Estado hace referencia a la Sentencia C-1048-01 de la Corte constitucional, en la cual se establece: ‘i) Según el régimen de la Ley 80 de 1993, los actos previos por regla general no eran demandables separadamente, salvo las excepciones relativas al acto de adjudicación de la licitación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los proponentes inscritos en las cámaras de comercio. La modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., permite demandar independientemente, por la vía de la acción de nulidad o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, todos los actos previos separables del contrato administrativo.

ii) El término para intentar el control judicial de dichos actos previos a través de las referidas acciones, se señala en 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

27 Las características del perjuicio irremediable fueron delimitadas por la Corte desde la Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y luego reiteradas en la Sentencia C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En aquella se dijo puntualmente, que el perjuicio debía ser grave: “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.”

28 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

29 Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

30 Corte Constitucional. Sentencia T-803-02 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis). En esta sentencia se incluyó el siguiente comentario de pie de página: “La procedencia del amparo por la demora de los trámites ordinarios, se ha admitido solo excepcionalmente cuando el juez de tutela logra constatar que la tardanza en la resolución del conflicto puede hacer ineficaz el mecanismo ordinario; lo anterior, tomando en cuenta las condiciones personales del demandante. Cfr. T-352 de 2002, T-235 de 2002”.

31 Cfr., entre otras, las Sentencias T-871 de 1999 y T-812 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell). Además, la Sentencia T-912 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corte indicó que “si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio”.

32 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell), T-812 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

33 Por ejemplo, en la sentencia T-832 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).