

Sentencia T-969/08

ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONCURSO PUBLICO Y LITIS CONSORCIO NECESARIO PARA IMPUGNAR ACTOS DE LA ADMINISTRACION

La Sala encuentra que el Consejo de Estado ha definido este asunto dejando sentado que por cuanto el acto de adjudicación de un concurso público para selección de contratistas hace surgir una relación jurídico sustancial que implica la asunción de obligaciones solidarias por parte de los miembros del consorcio adjudicatario para con la Administración, después de que se ha adjudicado el concurso a un consorcio, la impugnación de los actos de la Administración implica la conformación de un litisconsorcio necesario.

ACCION DE TUTELA CONTRA ALCALDIA-Caso en que se declaró por Alcaldía el incumplimiento por parte del Consorcio del que formaba parte la demandante de la obligación de conformar sociedad en proceso de contratación/MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL EXISTENTES EN CASO DE ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR ALCALDE

La Sala entiende que la eficacia de un mecanismo procesal es una noción que no se refiere únicamente al término o plazo con el que cuenta el juez para adoptar una decisión, o a la rapidez misma del procedimiento. Si bien en las circunstancias concretas de algún caso en particular esta característica de rapidez puede ser la más importante para determinar la eficacia de un medio de defensa judicial, como por ejemplo cuando está de por medio la necesidad de ordenar la atención inmediata de la salud de una persona que corre un riesgo vital, en otros casos la prontitud de la decisión, o la brevedad de los plazos para fallar, no son el único criterio a tener en cuenta para medir la eficacia del mecanismo. En algunas oportunidades, lo que resulta más eficaz para la recta administración de justicia es propiciar espacios probatorios amplios, abiertos a la intervención de terceros interesados, que den oportunidad para controvertir pruebas, para decretar de oficio aquellas que se estimen pertinentes, conducentes y necesarias para llegar a la verdad real, conceder lugar para presentar alegatos, y permitir que funcionarios judiciales especializados en la materia adopten la decisión correspondiente. Por todo lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la eficacia de un mecanismo de defensa judicial debe ser evaluada en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de las partes y la complejidad del asunto. En esta ocasión, la Sala no duda en descartar que una

controversia contractual tan compleja como la que propone la presente demanda encuentre en la acción de tutela, de carácter eminentemente sumario, el espacio adecuado para ser estudiada, fundamentada probatoriamente y decida mediante sentencia definitiva. El diseño legal de la acción pertinente para esos efectos corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tramitada por el proceso ordinario contencioso, según se acaba de explicar.

PERJUICIO IRREMEDIABLE DERIVADO DE ACTO DE ALCALDIA QUE DECLARO INCUMPLIMIENTO EN PROCESO DE CONTRATACION

Aceptar que la declaración hecha por la Administración Pública respecto del incumplimiento de una obligación derivada de un acto de adjudicación de un concurso o licitación, y la inhabilidad que por ministerio de la ley esa declaración conlleva, ocasionan irremediablemente en la esfera de los derechos del inhabilitado un “daño”, un “mal”, un perjuicio injustificado, o la “destrucción grave de un bien jurídicamente protegido”, en los términos de la jurisprudencia que se acaba de transcribir, y que en tal virtud tal inhabilidad tiene que dejarse en suspenso hasta que la Jurisdicción Contencioso Administrativa decida, equivale a presumir que las facultades de la Administración para declarar el incumplimiento, y las consecuencias inmediatas que de allí se producen por ministerio de la ley en materia de inhabilidad para contratar prima facie irrogan por sí mismas perjuicios irremediables a los afectados, de manera que sólo los jueces pueden hacer tales declaraciones. Es decir, sólo hasta que la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableciera si hubo justa causa o no para declarar el incumplimiento, procedería la consecuencia legalmente prevista, es decir la inhabilidad. Por esta vía, se despojaría a la Administración en todos los eventos de la posibilidad de declarar el incumplimiento mencionado, con las consecuencias inmediatas previstas para el mismo por el propio legislador, relativas a la inhabilidad de los proponentes incumplidos. Así, tales facultades de la Administración conferidas en materia contractual para declarar el incumplimiento y la inhabilidad consecuencial, establecidas como medida cautelar en garantía de la eficiencia de la función administrativa y en defensa de los intereses públicos, quedarían sujetas a una especie de presunción de ilegitimidad, presunción según la cual las mismas causarían perjuicios irremediables a los derechos fundamentales de los afectados, lo que impediría que fueran directamente establecidas por vía administrativa y necesariamente ameritaran el pronunciamiento de la Jurisdicción. De esta manera, la inhabilidad derivada del incumplimiento no operaría por ministerio de la ley sino que

requeriría declaración judicial, dejando en el interregno comprometida la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta, como son los de eficacia, economía, celeridad, igualdad y moralidad, entre otros, pues la Administración podría seguir contratando con proponentes respecto de los cuales ella misma ha establecido que no han cumplido compromisos anteriores.

Referencia: expediente T-1922901

Acción de Tutela instaurada por Nubia Elisa Bohórquez López contra la Alcaldía Municipal de Duitama.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C. nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama, dentro del proceso de tutela incoado por Nubia Elisa Bohórquez López contra la Alcaldía Municipal de Duitama.

I. ANTECEDENTES

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

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Nubia Elisa Bohórquez López solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al trabajo y al acceso a la Administración de Justicia, presuntamente vulnerados por la Alcaldía Municipal de Duitama. Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1.1. El Municipio de Duitama convocó un concurso público de méritos para “seleccionar el (los) socio (s) para la constitución de una sociedad promotora de economía mixta que desarrolle el proyecto Plaza Minorista de Mercado del Municipio de Duitama, la cual se encargará del diseño, implementación, construcción, difusión, promoción, comercialización y ventas.”

1.2 En asocio con otras personas, la aquí demandante conformó el “CONSORCIO PLAZA DE MERCADO DE DUITAMA -PMD- con el fin de participar y presentar oferta dentro del referido concurso. Dicho consorcio finalmente resultó ser el adjudicatario.

1.3 Los cuatro integrantes del mencionado Consorcio enviaron al Alcalde municipal un oficio “en el cual se informaba sobre una inexactitud puntual en una de las certificaciones allegadas, de lo que infortunadamente no pudimos percatarnos con anterioridad.”¹ Además, en dicho oficio “se planteó un serio motivo de ilegitimidad del acto de adjudicación que igual terminaría afectando el contrato de sociedad por suscribir. Así, en el entendido de que un contrato estatal puede revocarse por motivos de ilegitimidad, como también el acto previo de adjudicación en que se funda, se estaba solicitando, por razones de economía, que no se procediera a la firma del mismo.”²

1.4. De otro lado, dice la demandante que “la Alcaldía decidió modificar unilateralmente el contenido de la minuta de contrato de sociedad con respecto a la minuta considerada en el concurso de méritos, en aspectos tan esenciales como las mayorías requeridas para tomar decisiones”³, lo cual, a su parecer, liberaba al consorcio de la obligación de conformar la sociedad. Explica que dichas modificaciones consistieron en el cambio del quórum deliberatorio en la asamblea general de la sociedad, fijado inicialmente 70% de las acciones y elevado posteriormente al 85%; en la modificación de la mayoría para decidir, fijada primero en el 51% de las acciones representadas y elevada luego al 85% de las mismas; y en la competencia para la elección del revisor fiscal, otorgada a primero a la asamblea general y

sustraída luego de la decisión de este órgano. Finalmente, afirma que la Alcaldía exigió al consorcio otorgar una póliza de cumplimiento, “póliza que no existe ni está autorizada legalmente puesto que en el marco de una relación contractual basada en el principio de *afectio societatis* es impropio que un socio le exija garantías de cumplimiento a sus coasociados.”⁴

Todos estos cambios, afirma la demanda, constituían justa causa para no firmar el contrato.

1.5. Mediante oficio proferido en 12 de marzo de 2007, la Fiscalía Novena Seccional de Duitama ordenó al Alcalde municipal no continuar con el trámite de contratación, incluyendo la suscripción de la escritura pública de sociedad. De modo que, dice la demanda, suscribirlo hubiera configurado el tipo penal de fraude a resolución judicial.

1.6. No obstante lo anterior, el 14 de marzo de 2007 el Alcalde profirió una Resolución en la que declara “el siniestro de incumplimiento por parte del CONSORCIO... respecto de la obligación de suscribir la Escritura pública de Constitución y su correspondiente registro ante la Cámara de Comercio de Duitama, de la sociedad “PROMOTORA PLAZA DE MERCADO MINORISTA DEL MUNICIPIO DE DUITAMA S.A”, declara así mismo que la propuesta presentada por el consorcio P.M.D. al concurso de méritos N° 0012006, carece de seriedad... con fundamento en lo expresado por la Fiscalía Novena de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los jueces penales del Circuito de Duitama” (sic) y ordena hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento ante entidades estatales expedida a favor del Municipio de Duitama en la modalidad de garantía de seriedad de la propuesta.”

1.7. Mediante agente oficioso, la aquí demandante interpuso recurso de reposición contra la anterior Resolución, solicitando su revocación y en su lugar la declaración de justa causa para no elevar a escritura pública el contrato de sociedad.

1.8. Sin embargo, mediante acto de mayo de 2007, la Alcaldía decidió no tener en cuenta el recurso interpuesto, alegando que la agencia oficiosa exige demostrar la imposibilidad en que está el agenciado de promover su propia defensa, cosa que no había ocurrido en aquel caso.

1.9. Al parecer de la aquí demandante, con la anterior decisión el Alcalde confundió dos

figuras distintas: la agencia oficiosa procesal y la agencia oficiosa sustancial. Destaca que en este caso el agente cumplió todos requisitos señalados en los artículos 47 del Código de Procedimiento Civil y 52 del Código Contencioso Administrativo, y recuerda que “la primera de las disposiciones en parte alguna exige el requisito que el Auto considera omitido. No es cierto que imponga la carga de “demostrar” los hechos por los que se hace necesario agenciar los derechos de otra persona.” Agrega que la norma releva de esa prueba a cambio de exigir juramento, y que el requisito esencial consiste en afirmar bajo juramento que “la persona está ausente o impedida”, como en efecto el agente lo hizo en su caso. Así, el Alcalde no podía exigir un requisito que la ley no contempla expresamente y menos aun hacerlo para negarse a tramitar y resolver un recurso “que corresponde al núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.”

1.10 Concluye la demandante alegando que con la conducta asumida por el Alcalde, “la violación de derechos fundamentales invocados se proyecta en dos ámbitos: primero, se me impone una sanción por no haber suscrito la escritura pública del contrato de sociedad, cuando la orden del Fiscal 9 Seccional de Duitama lo prohibió y además concurre una evidente causa justificada por la alteración que unilateralmente hizo la Alcaldía de las cláusulas de la minuta; y segundo, porque se me vulneraron los derechos de contradicción y de defensa en cuanto sin razón ni fundamento legal alguno se inadmitió el recurso de reposición oportuna y válidamente interpuesto en mi nombre por un agente oficioso que cumplió los requisitos establecidos.”

Con fundamento en los anteriores hechos y argumentos de derecho, la demandante solicita al juez de tutela que, como remedio definitivo para el reestablecimiento de sus derechos, decrete la inaplicación del Acto de 23 de mayo de 2007 que negó el trámite de la agencia oficiosa ejercida en su nombre y de la Resolución de 28 de septiembre de 2007 que no concedió el recuso de reposición oportunamente interpuesto por otros miembros del Consorcio en contra de la Resolución 131 Resolución de 14 de marzo de 2007 que declaró el incumplimiento; consecuentemente, pide que se ordene que se tramite y decida el recurso.

En forma subsidiaria, teniendo en cuenta lo prolongado de un proceso judicial ordinario, pide que se acceda a sus peticiones como mecanismo transitorio para precaver los perjuicios irremediabiles que le ocasionaría estar inhabilitada para celebrar contratos con el Estado

durante un lapso de cinco años.

2. Traslado y contestación de la demanda.

2.1. El señor alcalde reconoce que el Municipio a su cargo inició un proceso de concurso de méritos con el objeto de seleccionar un socio o socios para la constitución de una sociedad promotora de economía mixta que desarrollara el proyecto de la plaza minorista de mercado de esa localidad, y que dentro de dicho proceso al Consorcio PMD, conformado por la tutelante y otras personas, se le adjudicó el derecho de conformar tal sociedad.

En este punto el demandante explica que dentro de los términos de referencia del concurso de méritos se estableció que el plazo máximo para constituir la sociedad vencía el 23 de octubre de 2006. Y que si para esa fecha el adjudicatario no suscribía el respectivo contrato, quedaría a favor del Municipio de Duitama, en calida de sanción, el valor de la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de dicha garantía.

2.2. Prosigue la Alcaldía relatando que el 17 de noviembre de 2006, es decir un mes y siete días después de la adjudicación del concurso, “fue recibido el oficio que indica la actora, mediante el cual cuatro de los integrantes del Consorcio manifestaron que “pudo advertirse que una de las certificaciones que integraron la documentación de experiencia de AVP CONSTRUCCIONES S.A. no correspondía con la información real, ni con la información contenida en la página Web (...)” y que “sin saber aún el porqué y cómo fue presentada una certificación no expedida por nosotros que informa algo que no corresponde a la realidad de las cosas, esa anormal circunstancia propició de nuestra parte manifestarle a Usted la decisión de no suscribir el contrato como quiera que ahora, a la luz de los hechos informados, hemos advertido que la adjudicación recayó en un proponente que había presentado información imprecisa que si bien, no fue determinante para la escogencia, sí conformó la oferta e informó un hecho no veraz que indujo a error a la entidad y provocó la expedición de un acto que se basa en una falsa motivación.”

2.3 Relata también el señor alcalde de Duitama, que se recibió en su despacho un oficio

suscrito por el representante legal y otro integrante del Consorcio ganador del concurso, “mediante el cual y con base en la citación por la denuncia presentada ante el C.T.I. de Duitama, expresaron que “se debe estudiar de modo inmediato y urgente la viabilidad de declaratoria desierta del concurso de méritos...”. Lo anterior, cuando había transcurrido un mes desde la fecha de la adjudicación. Destaca entonces el burgomaestre que la Ley 80 de 1993 en su artículo 30 prescribe que “el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad a adjudicarlo.” Agrega que, tan sólo dos días antes de recibida la anterior comunicación, es decir el 7 de noviembre de 2006, se suscribió en acto protocolario y público el Acta de Constitución de la Sociedad Promotora Plaza de Mercado Minorista del Municipio de Duitama S.A. PROPLAZA DUITAMA S.A., situación que configuraba el comienzo de la ejecución primordial del adjudicatario.

3.4. Informa también el señor alcalde, que acudiendo al deber constitucional de colaborar con la justicia, remitió al C.T.I de la Fiscalía General de la Nación copia de los escritos enviados por los miembros del consorcio, a los que se hizo referencia anteriormente. Empero, agrega, “como la denuncia fue presentada por un particular, y teniendo en cuenta que el Acta de Constitución ya había sido suscrita, el Municipio de Duitama no podía acceder de ninguna manera a lo que los ahora socios pretendían, que era la “declaratoria desierta del concurso de méritos”, cuando legalmente era imposible para el Municipio, ya que el concurso ya se había adjudicado, se había notificado al proponente ganador, y más aun cuando ya se encontraba en ejecución el objeto del mismo.”

3.5. En cuanto a la supuesta alteración unilateral del proyecto de minuta del contrato de sociedad, el Alcalde la niega categóricamente. Afirma que si bien se introdujeron al proyecto algunas modificaciones, entre ellas las que señala la demandante, relativas a las mayorías decisorias, las mismas se convinieron por mutuo consentimiento y no de manera unilateral por parte de la Administración.

3.6 Admite el señor alcalde que es cierto que el 13 de marzo de 2007 el Municipio de Duitama recibió un oficio de la Fiscalía mediante el cual se le solicitaba no continuar con el trámite de contratación. Oficio que fue respondido indicando lo siguiente: “que uno de los oferentes o proponentes haya aportado posiblemente algún documento espurio a dicho proceso de selección, la administración como en otras oportunidades se ha referido, es totalmente ajena a tal circunstancia, puesto que lo único que le atañe es la buena fe y la

presunción de inocencia.” No obstante, el alcalde relata que en la anterior respuesta dejó claro que acataría las decisiones judiciales, pero no dejaría de tomar las medidas necesarias para que el Municipio no sufriera daño patrimonial.

Agrega que si el contrato de sociedad no se había protocolizado mediante escritura pública, por el incumplimiento durante más de cuatro meses atribuible al Consorcio, no entiende porqué ahora la tutelante se disculpa indicando que otorgar dicha escritura pública constituiría un fraude a resolución judicial, “con lo cual igualmente nos da a entender que la demora en la suscripción de la escritura pública obedecía a que los consorciados conocían plenamente la existencia de la certificación aparentemente adulterada, asaltando de esta manera la buena fe del ente territorial.”

3.7 El alcalde demandado admite también que, teniendo en cuenta que el 14 de marzo vencía la ampliación de la póliza de seriedad, profirió la resolución declarando el incumplimiento del contrato. Agrega que contra esa resolución se interpuso por un agente oficioso recurso de reposición, el cual no fue tenido en cuenta, dado que no se había demostrado que la titular del derecho estuviera en imposibilidad de promover su propia defensa. Sostiene que, no obstante lo anterior, en los escritos posteriores allegados por la aquí tutelante a la Alcaldía, no se preocupó de pronunciarse sobre las circunstancias que le habrían impedido acudir personalmente, ni ratificó lo actuado por el agente oficioso.

Con fundamento en las anteriores explicaciones, la Alcaldía de Duitama solicitó al juez de tutela denegar las peticiones de la actora.

Finalmente, sostiene que resulta a todas luces extraño que casi siete meses después del proferido el acto que inadmitió el recurso de reposición, y a más de un mes de quedar en firme la Resolución que resolvió el recurso, se interponga la acción de tutela para precaver un proceso judicial idóneo.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

3.1 Relación de contratos actualmente en ejecución, a cargo de la ingeniera Nubia E. Bohórquez López y copia de cada uno de ellos.

3.2 Copia del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 14 de marzo de 2007 por el doctor Herminio Pérez Ortiz, actuando como agente oficiosos de la señora Nubia Elisa Bohórquez López.

3.3 Copia del acto administrativo mediante el cual se niega la admisión del recurso de reposición anterior.

3.4 Copia de las comunicaciones enviadas por la Cámara de Comercio de Duitama al representante legal de la Sociedad Promotora Plaza de Mercado Minorista del Municipio de Duitama, explicando las inconsistencias que impiden registrar el acto constitutivo.

3.5 Copia de la Resolución N° 708 de septiembre 28 de 2007, proferida por el alcalde Municipal de Duitama, mediante la cual se resuelve negativamente el recurso de reposición presentado contra la Resolución de 14 de marzo de 2007.

3.7 Copia de la Resolución de 14 de marzo de 2007, mediante la cual se declara el incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato, se establece la ausencia de seriedad de una propuesta y se dictan otras disposiciones.

3.8 Edicto mediante el cual se notifica la anterior resolución.

3.9 Copias del Cuaderno de la actuación surtida en la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Duitama, por el caso del proyecto Plaza Minorista de Mercado. (Cuaderno 2 del expediente)

3.10 Tres cuadernos de copias de la actuación administrativa surtida por la Alcaldía Municipal de Duitama, con ocasión del proceso contractual de concurso de méritos para seleccionar el socio o socios para constituir una sociedad promotora del proyecto Plaza Minorista de Mercado. (Cuadernos 3, 4, 5 y 6 del expediente.)

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida el día once (11) de diciembre de dos mil siete (2007) por el Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama.

Mediante sentencia proferida el once (11) de diciembre de dos mil siete (2007), el Juzgado

Primero Civil Municipal de Duitama decidió negar la tutela. Para fundamentar esta decisión, expuso las siguientes consideraciones:

Inicia el a quo señalando que de la demanda y su contestación emana que con ocasión el concurso de méritos llevado a cabo por la Alcaldía accionada para el desarrollo del proyecto denominado Plaza Minorista de Mercado, concurso adjudicado al consorcio PMD del cual forma parte la accionante, “se han presentado una serie de inconsistencias de orden legal en cuanto a la documentación aportada para la acreditación de los requisitos necesarios que hicieron acreedor a este Consorcio de su adjudicación, más concretamente en cuanto a la experiencia requerida y que muy seguramente fue tenido en cuenta para resultar en últimas favorecido.” Agrega que por esa razón, otras personas que también participaron en dicho concurso denunciaron penalmente la comisión de algunos hechos punibles con ocasión de la prueba documental aportada por el consorcio.

Ahora bien, recuerda el juez de primera instancia que lo que se pretende con la presente demanda de tutela es que se ordene inaplicar la Resolución mediante la cual se negó el trámite de la agencia oficiosa ejercida en nombre de la aquí actora y la Resolución mediante la cual se denegó el recurso de reposición interpuesto por otros miembros del consorcio contra la decisión administrativa de declarar el incumplimiento del contrato. Al respecto, dice que es menester estudiar si, para esos propósitos, la acción de tutela está llamada a proceder, dado su carácter subsidiario y de utilización inmediata, y teniendo en cuenta la posible existencia de mecanismos alternos y eficaces de defensa judicial.

Visto lo anterior, el juez se adentra en el examen de la vía judicial alternativa que en el caso presente hubiera podido utilizar la petente para alcanzar lo que solicita por tutela, a fin de establecer su eficacia en el caso concreto.

Al respecto explica que en la presente oportunidad se encuentran en discusión la validez no sólo de algunos actos jurídicos proferidos por el alcalde Municipal de Duitama, sino también de la documentación aportada por el Consorcio del cual forma parte la actora, dentro del concurso de méritos convocado por la Alcaldía. En cuanto a este último asunto, el a quo afirma que “por economía procesal este despacho no se ocupará por la somera razón de que no es dable inmiscuirnos en conflictos objeto de investigaciones penales como verbigracia la que se halla en trámite actualmente...”. Y en cuanto a la validez de los actos jurídicos

proferidos por el señor Alcalde, dice el juez de primera instancia que la actora tiene la opción de utilizar directamente, o el consorcio a través de su representante legal, las respectivas acciones ante la jurisdicción ordinaria. Agrega que la actora no se encuentra frente a la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable en la esfera de sus derechos fundamentales, pues las decisiones administrativas de la Alcaldía “pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad competente previo el trámite del proceso pertinente iniciado por la parte interesada.”

De otro lado, el a quo explica que carece de competencia para valorar el cumplimiento o no de los requisitos legales para la negación de la agencia oficiosa ejercida a favor de la aquí demandante y que esta decisión administrativa puede ser objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La anterior decisión judicial fue oportunamente impugnada por la demandante, con sustento en los siguientes argumentos:

Afirma que la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al trabajo y de acceso a la administración de justicia se materializa de la siguiente manera:

-Por la imposición unilateral de una sanción por no haber suscrito un contrato, cuando mediaba una orden judicial emanada de la Fiscalía que ordenaba suspender el proceso de contratación.

- Por la imposición de la sanción por incumplimiento, pese a que la Alcaldía alteró sustancialmente el contenido de las cláusulas de la minuta, lo cual eximía al consorcio de la obligación de conformar la sociedad.

- Por la inadmisión del recurso de reposición intentado contra la decisión sancionatoria, recurso interpuesto a nombre de la aquí actora por un agente oficioso. Lo anterior, dice la impugnación, con fundamento en una interpretación manifiestamente irrazonable, grosera e inconstitucional, que hace que, por economía procesal, la presente acción de tutela resulte procedente como mecanismo definitivo de defensa judicial. En sustento de este argumento, cita la Sentencia T-533 de 1997.

- Por el perjuicio irremediable que para la actora significaría el verse inhabilitada para

celebrar contratos con el Estado durante un lapso de cinco años, lo cual la excluiría del mercado de la construcción, viéndose abocada a perder o a ceder contratos estatales actualmente suscritos, con grave afectación de su derecho al trabajo. Por tal razón, solicita que se decrete la suspensión o inaplicación de las resoluciones 131 de 2007 y 708 del mismo año, mientras la Justicia contencioso administrativa se pronuncia definitivamente sobre la validez de la sanción impuesta.

Agrega la impugnación que el fallo del juez de primera instancia no hace ninguna apreciación en concreto respecto de la eficacia de las acciones ordinarias que estarían al alcance de la aquí demandante, ni en cuanto a las razones por las cuales no se configuraría en su caso un perjuicio irremediable, que subsidiariamente haría procedente la presente acción como mecanismo transitorio.

En sustento de su posición, la impugnante aporta copia de la sentencia de mayo 16 de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se decidió un caso que, a su parecer, es similar al presente.

3. Sentencia proferida el siete (7) de febrero de 2008 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama.

Mediante Sentencia de (7) de febrero de 2008, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama decidió confirmar el fallo de tutela impugnado, pero aclarando que la improcedencia de la acción no se determinaba por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, sino por “la falta de lesividad a los derechos invocados por la accionante de donde no se da la existencia del perjuicio irremediable invocado por la accionante.”

En sustento de la anterior decisión, el ad quem expone que el propósito fundamental de la presente acción es obtener que el juez de tutela decrete la inaplicación de la Resolución 708 de 28 de septiembre de 2007, proferida por el alcalde municipal de Duitama, así como el acto administrativo de mayo 23 del mismo año que negó el trámite de la agencia oficiosa ejercida en nombre de la tutelante, ordenando que se tramite y decida el recurso de reposición intentado de esta manera. En seguida, tras relatar la secuencia de los hechos que motivaron la demanda, el juez deduce que el propio consorcio del cual forma parte la actora “ya se había negado rotundamente a suscribir la correspondiente escritura de constitución de la sociedad, a pesar de las constantes solicitudes del ente territorial”, cuando se produjo

al orden de la Fiscalía referente a la suspensión del proceso de contratación. De lo cual concluye que no resulta cierta la afirmación de la demanda conforme a la cual la Administración municipal sancionó a la accionante y otros socios por negarse a elevar a escritura pública un contrato que la Fiscalía había ordenado suspender. Es decir, el ad quem hace ver que para cuando la Alcaldía produjo la resolución y el acto que mediante esta tutela se busca enervar, “ya no existía ni la más remota posibilidad de que el consorcio cumpliera”, dando a entender que el incumplimiento no se debió a la orden de la Fiscalía, sino que venía de más atrás. Así las cosas, concluye que “a la Administración no le quedaba más remedio que proceder como lo hizo, para salvaguardar el patrimonio público que ya estaba siendo afectado”, y que por lo tanto los argumentos de la demanda no eran de recibo.

En segundo lugar, en lo concerniente a la inadmisión del recurso de reposición por haber sido interpuesto por un agente oficioso que supuestamente no habían cumplido los requisitos de ley exigidos para ello, el juez de segunda instancia hace ver que en la misma decisión que inadmitió la agencia oficiosa, en la parte resolutive se les indicó a los interesados que una vez evacuadas las pruebas relativas a la imposibilidad en que supuestamente estaba la interesada para interponer personalmente el recurso, el mismo sería resuelto.

Lo anterior, explica el a quo, quiere decir que a pesar de la posible interpretación errónea contenida en el acto que inadmitió la agencia oficiosa, contra esta determinación no se interpuso recurso alguno, no obstante que la misma decisión indicaba su procedencia. De lo cual infiere que ahora no puede la actora alegar la vulneración del derecho al debido proceso, pues fue la propia interesada la que no usó los mecanismos de defensa que tenía a su alcance. Y tampoco puede utilizar la acción de tutela como mecanismo paralelo o supletorio de los procedimientos administrativos normales, ni revivir mediante ella términos prescritos.

Con fundamento en los anteriores conceptos, el juez de segunda instancia estimó que debía confirmar la sentencia del de primera, “pero no basados en que el accionante tenga otros medios o recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino... por el hecho de que los derechos constitucionales fundamentales invocados por la accionante no fueron conculcados por la actuación de la administración municipal, sino que las decisiones adoptadas por el ente territorial, se produjeron a consecuencia y debido al comportamiento del consorcio adjudicatario y a la inactividad de los interesados en interponer los recursos del

caso frente a la decisión de la administración que no admitió la agencia oficiosa en el caso concreto...” . Por la misma razón, es decir por estimar que los derechos de la actora no fueron conculcados, estima que la acción tampoco es procedente como mecanismo transitorio para evitar un supuesto perjuicio irremediable.

Adicionalmente, el juez expone que dado que la administración municipal, al emitir la Resolución sancionatoria “lejos de incumplir la orden del fiscal 9°, lo que hizo fue precisamente lo contrario, y basándose o fundamentándose en la misma, no continuó con la contratación y de esta manera actuó conforme a sus prerrogativas frente al reiterativo incumplimiento del consorcio adjudicatario... tampoco incurrió en vía de hecho o desacato a orden judicial...”. En este sentido, estima que por este aspecto tampoco puede entenderse que se haya presentado una vulneración de derechos fundamentales.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. El problema jurídico que debe ser resuelto por la Sala.

De conformidad con la demanda y su contestación, se tiene que los hechos que motivaron esta demanda son los siguientes:

2.1 El Municipio de Duitama convocó un concurso público para seleccionar socio o socios para la constitución de una sociedad promotora de economía mixta que desarrollara el proyecto “Plaza Minorista de Mercado del Municipio de Duitama”. La aquí demandante, junto con otras personas, conformó un consorcio (en adelante Consorcio PMD) que resultó ser el adjudicatario de dicho concurso. En virtud de lo anterior, tenían la obligación de conformar la sociedad mediante escritura pública debidamente registrada ante la Cámara de Comercio

respectiva. No obstante, dicha sociedad no llegó a conformarse por varias razones que la demandante explica así: (i) porque la Fiscalía inició una investigación por presuntas irregularidades en las certificaciones allegadas al proceso de concurso y con fecha 12 de marzo de 2007 dio la orden de no continuar con el trámite de contratación, incluyendo la suscripción de la escritura pública; (ii) porque la minuta de contrato de sociedad que sirvió de base al proceso de concurso fue posteriormente modificada en aspectos sustanciales como el quórum deliberatorio y las mayorías para decidir en la asamblea general de la proyectada sociedad, por lo cual el Consorcio PMD se negó a suscribirla. Estas modificaciones, a juicio de la demandante, fueron introducidas unilateralmente por la Alcaldía. (iii) porque la Alcaldía exigió al Consorcio PMD constituir una póliza inexistente en el mercado de seguros.

En vista de la no suscripción de la escritura pública de sociedad, el 14 de marzo de 2007 el Alcalde profirió la Resolución N° 131 de esa fecha, en la que declaró el incumplimiento por parte del Consorcio PMD respecto de la obligación de conformar una sociedad y registrarla ante la Cámara de Comercio de Duitama, declaró la falta de seriedad de la propuesta y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento expedida a favor del Municipio de Duitama en la modalidad de garantía de seriedad de la propuesta.

2.2 Actuando como agente oficioso, dada la incapacidad de la aquí demandante, el doctor Herminso Pérez interpuso recurso de reposición contra la anterior Resolución, solicitando su revocación y en su lugar la declaración de justa causa para la no conformación de la sociedad. Además, otros dos integrantes del Consorcio PMD⁵, por sí o por medio de representante o apoderado, interpusieron también recurso de reposición en contra de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007. Así mismo, el representante del Consorcio PMD, señor José Alberto Hernández Mojica, interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución que declaró el incumplimiento⁶. Sin embargo, mediante acto de 23 de mayo de 2007, la Alcaldía decidió no tener en cuenta el recurso interpuesto mediante agente oficioso por la tutelante, por no haber demostrado el agente la imposibilidad en que estaba la agenciada de promover su propia defensa. Y, posteriormente, frente a los recursos de reposición interpuestos por los demás integrantes del Consorcio PMD, por su representante legal y por el representante de Seguros del Estado, mediante la Resolución 708 de 28 de septiembre de 2007, la Alcaldía Municipal de Duitama decidió no reponer la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007.

2.3 Al parecer de la actora, al haber expedido la Resolución 708 de 28 de septiembre de 2007 y el Acto de 23 de mayo del mismo año, antes reseñados, la Alcaldía de Duitama desconoció sus derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo y de acceso a la Administración de Justicia, básicamente por dos razones: porque se le impuso una sanción por no haber suscrito la escritura pública de sociedad, cuando existía una causa justificada para no hacerlo, que era la orden emitida por la Fiscalía que exigía no continuar el proceso de contratación; y porque la inadmisión del recurso de reposición carecía de fundamento legal alguno.

No obstante, a juicio del señor alcalde de Duitama, aquí demandado, la no conformación de la sociedad mediante escritura pública registrada no obedeció a la orden emitida en mayo de 2007 por la Fiscalía, pues el incumplimiento venía de atrás. Ciertamente, dice el burgomaestre, dentro de los términos de referencia del concurso se había establecido que el plazo máximo para constituir la sociedad vencía el 23 de octubre de 2006 y que si para esa fecha el adjudicatario no suscribía el respectivo contrato, quedaría a favor del Municipio de Duitama, en calidad de sanción, el valor de la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta. Luego para cuando la Fiscalía emitió la referida orden, hacía mucho tiempo que el incumplimiento se había configurado. Además, encuentra que las modificaciones de la minuta del contrato de sociedad tampoco eran justificación para no cumplir con la obligación de firmar la escritura correspondiente, pues dichas modificaciones no fueron introducidas unilateralmente por la Alcaldía, como dice la demanda, sino que fueron convenidas de mutuo acuerdo con el Consorcio PMD, como resultado de las observaciones hechas por la Cámara de Comercio de Duitama.

2.4 La demandante solicita que mediante orden de tutela, proferida como mecanismo definitivo de defensa judicial, se decrete: (i) la inaplicación de la Resolución de 28 de septiembre de 2007, que no repuso la Resolución de 14 de marzo de 2007 que había declarado el incumplimiento de la obligación de conformar una sociedad; y (ii) la inaplicación del Acto de 23 de mayo de 2007, que negó el trámite del recurso de reposición interpuesto mediante agencia oficiosa ejercida en su nombre; consecuentemente, (iii) pide que se ordene que se trámite y decida nuevamente dicho recurso de reposición; (iv) además, al sustentar la impugnación del fallo de primera instancia, pide que se inaplique la Resolución N° 131 de 14 de marzo de 2007, que declaró el incumplimiento de la obligación de constituir una sociedad de economía mixta.

En forma subsidiaria, solicita que como mecanismo transitorio se acceda a las mismas pretensiones, pues la sanción que le fue impuesta mediante la Resolución 131 del 14 de marzo de 2007 le irroga un perjuicio irremediable, al impedirle ejercer su profesión como contratista de entidades públicas.

2.5. De esta manera, lo que se pretende mediante la presente acción de tutela es que se dejen sin efecto tres actos administrativos proferidos por la Alcaldía Municipal de Duitama. En uno de ellos, se negó un recurso de reposición interpuesto por algunos integrantes del Consorcio PMD y por su representante legal en contra de la Resolución que declaró el incumplimiento de dicho Consorcio respecto de la obligación de conformar la sociedad (obligación adquirida en virtud de la adjudicación de un concurso público). En el otro, la Administración se negó a dar trámite, respecto de la tutelante, al mismo recurso de reposición interpuesto en nombre de ella por un agente oficioso. Finalmente, la actora pretende que se suspenda la Resolución misma que declaró el incumplimiento de la obligación del Consorcio PMD de conformar la sociedad.

Así las cosas, de lo que tendría que ocuparse la Sala sería de definir la validez de los dos primeros actos administrativos mencionados, es decir de establecer si los mismos desconocieron o no la ley o la Constitución. Y en caso afirmativo, tendría que ordenar que nuevamente se diera trámite al mencionado recurso de reposición. Y respecto de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007, que declaró el incumplimiento, tendría que decretar su inaplicación mientras se tramita nuevamente el recurso de reposición.

Ahora bien la petición principal que plantea la demanda es que lo anterior se decida dando a la acción de tutela el carácter de mecanismo definitivo de defensa judicial. Subsidiariamente, se pide que se conceda la protección deprecada pero como mecanismo transitorio, ante la inminencia de consumación de perjuicio irremediable en la esfera de los derechos de la actora, perjuicio que supuestamente devendría de la imposibilidad de continuar ejerciendo su profesión como contratista del Estado durante los próximos cinco años, como consecuencia de la declaración de incumplimiento hecha por la Alcaldía.

2.6 Visto lo anterior, la Sala observa que como cuestión inicial tiene que establecer la procedencia de la presente acción de tutela, es decir, debe verificar si en la presente oportunidad se cumplen los presupuestos procesales previos exigidos para que el juez

constitucional pueda entrar a estudiar si efectivamente existió la vulneración de derechos alegada en la demanda.

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

El primer presupuesto procesal de la acción de tutela consiste en que ella haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental. Al respecto, debe recordarse que conforme lo prescribe el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política, “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por tal razón, en los procesos administrativos para selección de contratistas debe observarse la plenitud de las formas previstas en la ley para tal clase de procedimientos, so pena de que se incurra en el desconocimiento del derecho al debido proceso y de las garantías que él comprende, entre ellas el derecho de defensa.

Así pues, en cuanto la acusación principal formulada en la demanda de tutela consiste en afirmar que la Alcaldía Municipal de Duitama desconoció los derechos al debido proceso y de defensa de la demandante, y otros cuya vulneración se derivaría de la de los dos que se acaban de mencionar⁷, desconocimiento de derechos que provendría de no haber tramitado un recurso de reposición presentado mediante agente oficioso y posteriormente no haber accedido a reponer la decisión de declarar el incumplimiento de una obligación contraída para con la Administración, la Sala detecta que la presente acción efectivamente persigue la defensa de derechos fundamentales de la actora, presuntamente vulnerados por la acción directa de la autoridad administrativa demandada, por lo cual el primer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo está cumplido.

3.2. Existencia de mecanismos alternos de defensa judicial.

El segundo presupuesto procesal que debe verificar la Sala para determinar la procedencia de la presente acción es la inexistencia de otro medio de defensa judicial. En efecto, aunque como acaba de explicarse, es cierto que dentro de los procesos de selección de contratistas que adelante la Administración puede darse el desconocimiento de las formalidades previstas en la ley, originándose con ello la violación del derecho al debido proceso y eventualmente del derecho de defensa y otros, también es cierto que ello, por sí sólo, no hace procedente la acción de tutela; lo anterior por cuanto el inciso tercero del artículo 86 superior prescribe que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro

medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Así pues, antes de entrar a verificar si en el presente caso efectivamente se dio o no el desconocimiento de los derechos fundamentales que menciona la demanda, es necesario que la Sala precise si la actora tenía o tiene otros mecanismos de defensa judicial a su alcance, que desplacen a la acción de tutela para efectos de lograr la protección de derechos que impetra.

Ciertamente, la Corte ha explicado que “el carácter subsidiario de la acción de tutela a que se refiere el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, que se acaba de transcribir parcialmente, supone que ella no procede en lugar de otra acción existente para los mismos efectos, ni al tiempo con la misma, o después de ella. Solamente procede a falta de la otra acción. De ahí que la acción no pueda utilizarse para reemplazar otros medios de defensa, para adicionarse coetáneamente a ellos, como instancia posterior cuando han sido utilizados, como recurso contra providencias de otros procesos, o como recurso para resucitar términos procesales prescritos o caducados. La anterior la utilización de la acción para cualquiera de los mencionados propósitos llevaría al desconocimiento de ciertos principios constitucionales, tales como el del non bis in idem, el de cosa juzgada, el de independencia judicial, el de juez natural, o el de seguridad jurídica.” 8

No obstante lo anterior, la Corte también ha explicado que existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial determinan la improcedencia de la acción de tutela: “La primera de estas excepciones se presenta cuando la tutela se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces no desplaza a la acción de tutela, que resulta siendo procedente. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución, arriba citado. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de esta Corporación.” 9” 10

Pasa la Corte a establecer si en el caso sujeto a estudio existía o existe otro mecanismo de defensa judicial que desplace la acción de tutela, o si, de existir tal medio alternativo, se configura alguna de las dos excepciones anteriores, de manera que la presente acción resulte procedente.

Como se dijo en líneas anteriores, la demandante alega que la Alcaldía de Duitama no podía negarse a tramitar el recurso de reposición que, mediante agente oficioso, ella interpuso en contra de la Resolución que declaró que el Consorcio PMD, del cual ella es miembro, había incumplido su obligación de conformar con dicha Alcaldía una sociedad. Además, sin haber dado trámite al mencionado recurso, tampoco podía denegarlo como más tarde lo hizo al desatar la reposición interpuesta por los demás miembros del Consorcio y por el representante legal del mismo, contra la misma Resolución. Al hacerlo, afirma la demandante, la Alcaldía desconoció sus derechos al debido proceso y de defensa, y de contera el derecho al trabajo y al acceso a la administración de justicia.

Ahora bien, como se dijo arriba, para saber si la presente acción de tutela resulta procedente es menester establecer si para alegar lo anterior la demandante tenía o tiene a su alcance mecanismos ordinarios de defensa judicial. Al respecto encuentra lo siguiente:

3.2.1 En primer lugar, llama la atención de la Sala el hecho de que la aquí demandante formaba parte de un Consorcio al cual le había sido adjudicado en concurso público un contrato público denominado de sociedad, que genera el derecho/deber de constituir una sociedad de economía mixta. Así que el interés en discutir la validez de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007, que había declarado el incumplimiento de la referida obligación de constituir la sociedad, no era exclusivamente suyo sino de todos los miembros de dicho Consorcio, y del mismo a través de su representante, toda vez que las obligaciones a cargo de los consorciados derivadas del acto de adjudicación son de naturaleza solidaria, según se establece en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Para los efectos de esta ley se entiende por:

“1° Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”.¹¹ (Negritas fuera del original)

La anterior circunstancia resulta relevante a la hora de establecer si la tutelante carecía de mecanismos de defensa judicial para oponerse a la tantas veces mencionada Resolución 131 de marzo 14 de 2007, declaratoria del incumplimiento, cuando el recurso de reposición no fue admitido respecto de ella y cuando posteriormente fue denegado en relación con los demás miembros del Consorcio PMD y de su representante legal. Y si dichos mecanismos de defensa judicial los podía ejercer en forma independiente, o si necesariamente tenía que ejercerlos junto con los demás miembros del Consorcio PMD o a través de su representante, y en esa misma forma conjunta tenían que ser resueltos por la Administración.

Al respecto la Sala encuentra que el Consejo de Estado ha definido este asunto dejando sentado que por cuanto el acto de adjudicación de un concurso público para selección de contratistas hace surgir una relación jurídico sustancial que implica la asunción de obligaciones solidarias por parte de los miembros del consorcio adjudicatario para con la Administración, después de que se ha adjudicado el concurso a un consorcio, la impugnación de los actos de la Administración implica la conformación de un litisconsorcio necesario. Véase:

“2.2 El Consorcio como adjudicatario y contratista.

“La situación es diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque en estos eventos surge una relación jurídico sustancial entre el consorcio, en calidad de adjudicatario o contratista y la entidad adjudicataria o contratante, de la que se derivan facultades y obligaciones correlativas entre los mismos.

Así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades, al referirse a los efectos vinculantes de la adjudicación:

“Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre el adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria. (...) La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador;..”¹² (Subraya la Sala)

En igual sentido explica la doctrina:

“La adjudicación es el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratante. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órdenes competentes y dirigida a la celebración del contrato.

(...) es una etapa previa al contrato. No es el contrato sino un acto administrativo precontractual que declara la propuesta aceptable y por el cual el licitante se obliga a efectuar los actos integrativos del procedimiento y formalización contractual.

(...)

El acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento:

- a) Derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado.
- b) Deber correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario que se traduce en el impedimento de contratar el objeto licitado con cualquier otro que no sea él.
- c) Mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones.
- d) Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por desistimiento del licitante antes de la perfección del contrato o su rescisión ulterior por culpa de éste.
- e) Derecho de los oferentes no adjudicatarios de retirar los documentos presentados y al reintegro de garantías”. 13 (Se subraya).

Es por lo anterior que la Sala, en repetidas oportunidades, ha expresado que, cuando el consorcio adjudicatario o contratista es demandante o demandado en un proceso, deben intervenir todos sus miembros por cuanto conforman un litisconsorcio necesario.¹⁴

Ha precisado también que como los actos contractuales que profiere la administración tienen por objeto regular las relaciones contractuales, vinculan al consorcio y por ello, no es dable que sus miembros ejerciten acciones separadas para demandar su nulidad y el

restablecimiento, pues la relación jurídico sustancial determinada por el acto de adjudicación y el contrato es una, aunque en uno de sus extremos haya un sujeto plural.

En este sentido la doctrina señala:

“Si bien un consorcio no constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, una persona jurídica distinta a las partes que lo conforman, es indudable que sí es un ente de existencia temporal, distinto a quienes lo conforman y debe actuar, durante su vigencia, debidamente representado por el representante voluntario, designado por las propias partes en el Contrato de Consorcio. Todas las actuaciones que se den con relación al contrato suscrito entre una Entidad del Estado y un consorcio, deberán ser ejecutadas o requeridas por dicha asociación temporal, por intermedio de su representante, debidamente designado. No pueden actuar de manera individual las partes que lo integran; y si lo hicieron, sus actuaciones no obligarán a la entidad contratante.”¹⁵

“Esa relación sustancial existente entre el consorcio adjudicatario o contratista y la Administración, cobra relevancia cuando el consorcio incumple las obligaciones derivadas de la adjudicación o del contrato, esto es, no celebra el contrato o lo incumple, pues de conformidad con la ley 16 se produce la obligación solidaria a cargo de los miembros del consorcio de indemnizar los perjuicios derivados del mismo o de soportar las sanciones que el incumplimiento implica, que comprende la facultad de la entidad de exigir de cualquiera de los consorciados la satisfacción de la totalidad de la prestación.”¹⁷ (Negritillas y subrayas fuera del original)

Nótese cómo en el último párrafo del fallo que parcialmente se acaba de transcribir el Consejo de Estado explica que la necesidad de que todos los miembros del consorcio actúen juntos integrando un litisconsorcio necesario, o por medio de representante debidamente designado¹⁸, radica en que los consorciados adquieren en virtud del acto de adjudicación obligaciones solidarias frente a la Administración. Es decir, obligaciones de aquellas en que “en uno o los dos extremos de la relación jurídica hay pluralidad de sujetos y, por virtud de lo dispuesto en la ley o en el negocio jurídico - contrato o testamento -, la totalidad de la prestación puede exigirse por o a uno sólo de los deudores o acreedores.”¹⁹

3.2.2. Ahora bien, como tantas veces se ha dicho, la pretensión de la demandante es que mediante sentencia de tutela se ordene la inaplicación de tres actos administrativos. El

primero de ellos es el acto de 23 de mayo de 2007, mediante el cual la Alcaldía demandada negó el trámite de un recurso de reposición interpuesto a nombre de ella por un agente oficioso²⁰. Dicho recurso de reposición, debe aclararse, había sido interpuesto no sólo por la demandante a través de agente oficioso²¹, sino también por otros dos miembros del Consorcio PMD, y por el representante de tal Consorcio. En todos los casos, la reposición se interponía en contra de la Resolución N° 131 de 14 de Marzo de 2007, por medio de la cual se había declarado el incumplimiento por parte del Consorcio respecto de la obligación de constituir la sociedad. ²² El segundo de los actos administrativos cuya la inaplicación se busca obtener mediante la presente acción de tutela es la Resolución N° 708 de 28 de septiembre de 2007, que no concedió el recurso de reposición válidamente interpuesto por otros miembros del Consorcio PMD distintos de la aquí demandante, y por su representante, en contra de la referida Resolución 131 de 14 de marzo de 2007. Finalmente, el tercer acto administrativo cuya inaplicación se depreca es la Resolución N° 131 de 2007, mediante la cual la Alcaldía demandada declaró el incumplimiento de la obligación de conformar una sociedad.

3.2.2.1. En relación con el primero de estos actos administrativos, es decir el acto de 23 de mayo de 2007, mediante el cual la Alcaldía negó el trámite de un recurso de reposición interpuesto a nombre de la tutelante por un agente oficioso al considerar que éste último no había demostrado que su agenciada estaba en imposibilidad de promover su propia defensa y que esta prueba era exigida por las normas legales pertinentes²³, la Sala observa lo siguiente:

Bien sea porque según lo explicado arriba dicho recurso de reposición no podía ser resuelto en forma separada respecto de la aquí demandante, o bien sea porque la agencia oficiosa no podía ser rechazada en la forma en que lo hizo la Alcaldía de Duitama, cosa que en este momento la Sala no entra a estudiar, lo cierto es que *prima facie* cabe pensar que contra el acto de 23 de mayo de 2007 procedía el recurso de reposición. Ciertamente, “la vía gubernativa es el procedimiento que se sigue ante la propia administración para controvertir sus propias decisiones”²⁴; por lo cual, podría pensarse que la primera manera de oponerse a la decisión de no admitir la agencia oficiosa era discutir ante la propia Alcaldía de Duitama esta decisión administrativa, mediante el recurso de reposición.

Sin embargo, la jurisprudencia administrativa tiene sentado que respecto del acto en virtud

del cual la Administración deniega o rechaza un recurso en la vía gubernativa, es decir se niega a darle trámite, si bien no procede interponer directamente un nuevo recurso de reposición, si es posible discutirlo conjuntamente con el acto inicialmente recurrido. En efecto, sobre este asunto y con fundamento en lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“1. La vía gubernativa, a cuyo contenido corresponden los recursos de reposición y de apelación que se proponen y deciden en sede administrativa, es un mecanismo de control de los actos administrativos que son definitivos o que equivalen a ellos (CCA, arts. 49 y 50), cuyo agotamiento es obligatorio para acudir ante esta jurisdicción cuando se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA, art. 85) frente a los actos particulares que finalizan un proceso administrativo (art. 135 ibídem).

2. El desarrollo práctico de la proposición anterior da lugar a la formulación de hipótesis diversas según la conducta que observe la administración ante los recursos gubernativos interpuestos en contra de los actos que reúnan las preanotadas características, a saber:

— Puede ocurrir —y ocurre— que la administración guarde silencio durante dos meses, caso en el cual, el recurso se entiende denegado (art. 60) y el interesado podrá utilizar, sin obstáculos, el camino jurisdiccional.

En este evento la situación jurídica creada, extinguida o modificada por el acto recurrido no sufre variación.

— La segunda posibilidad consiste en que la administración resuelva expresamente el recurso; cuando esto sucede, la decisión impugnada se puede mantener, generándose una situación igual a la descrita anterior mente; o se puede modificar o revocar, produciéndose una situación jurídica distinta de la inicialmente planteada, la cual, por lo mismo, adquiere independencia al igual que el acto que la contiene.

— La tercera hipótesis es la que se presenta en este caso; interpuesto el recurso (para estos efectos es indiferente que sea obligatorio u opcional), la administración lo rechaza sin entrar a considerarlo. Fácil es concluir que en esta circunstancia tampoco ha variado en nada la situación jurídica inicial.

3. Únicamente en los casos en los cuales una decisión expresa frente a los recursos genera una situación jurídica nueva (son los eventos de la modificación y de la revocatoria señalados en la segunda hipótesis), es procedente la acción jurisdiccional en su contra; esta conclusión resulta perfectamente lógica, pues alguien puede resultar afectado con la modificación o con la revocación del acto administrativo inicial, medidas estas que, muy probablemente, favorecieron al recurrente.

Así pues, si bien no cabía el recurso de reposición contra el Acto Administrativo de 23 de mayo, que negó el trámite del recurso de reposición interpuesto a nombre de la tutelante por un agente oficioso²⁶, sí era posible discutir su validez de la negación de la agencia oficiosa ante la Jurisdicción, conjuntamente con la de la Resolución inicialmente recurrida, es decir la 131 de 14 de marzo de 2007. Para discutir ésta última la actora junto con los demás consorciados y a través del representante del Consorcio PMD tenía expedita la acción a que se refiere el inciso 2° del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo cuando dice:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”

Así las cosas, por cuanto la validez del acto administrativo de 23 de mayo de 2007 sí era susceptible de ser discutida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conjuntamente con la validez de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007 mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por el representante del Consorcio PMD, está claro que sí existían a disposición de la aquí demandante mecanismos alternos de defensa judicial que desplazaban la acción de tutela, dado su carácter subsidiario.

3.2.2.2. Debe ahora la Sala precisar si en contra de la Resolución 708 de 28 de septiembre de 2007, que estudió pero no concedió el recurso de reposición válidamente interpuesto por otros miembros del Consorcio PMD distintos de la aquí demandante y por el representante del mismo, ella tenía o tiene mecanismos alternos de defensa judicial que desplacen a la

acción de tutela en el presente caso.

Al respecto la Sala encuentra que, por lo explicado en líneas anteriores en relación con la existencia de un litisconsorcio necesario entre todos los miembros de un consorcio adjudicatario de un concurso, la interposición del recurso de reposición contra la Resolución 131 de 2007 por el representante del Consorcio PMD y la posterior decisión negativa respecto del mismo por parte de la Alcaldía Municipal de Duitama necesariamente cobijaron a la aquí actora. En todo caso, si ahora ella pretende oponerse a dicha decisión negativa de tal recurso, o si estima que fue una decisión irregularmente adoptada por haber sido ella expresamente excluida del trámite del recurso mediante el acto de 23 de mayo de 2007, puede ahora hacerlo mediante la misma acción de nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el inciso 2° del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo antes transcrito, ejercida por el representante del Consorcio PMD en contra de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007, según lo explicado en la consideración jurídica inmediatamente anterior. 27

Finalmente, la Sala observa que la misma demandante acepta que existen mecanismos alternos de defensa judicial a su alcance para lograr la inaplicación de la Resolución 131 de marzo de 2007 y la inhabilidad que se deriva de ella, logro éste que constituye su verdadera pretensión. Al respecto, en el mismo libelo de la demanda admite que “teniendo presente que esperar el prolongado lapso que implica un proceso judicial ordinario no haría justicia a los derechos fundamentales invocados, en forma subsidiaria solicito que se me conceda la protección constitucional.”

En conclusión, no cabe duda a la Sala en lo relativo a la existencia de mecanismos alternos de defensa judicial al alcance de la aquí demandante, para lograr lo que constituye su verdadera pretensión, que es oponerse a la declaratoria de incumplimiento del Consorcio PMD respecto de la obligación de conformar una sociedad con la Alcaldía Municipal de Duitama, y a la sanción que como consecuencia de lo anterior le fue impuesta mediante la Resolución del 14 de marzo de 2007, que le impide ejercer su profesión durante cinco años como contratista de entidades públicas.

3.3 Inexistencia de perjuicio irremediable.

No obstante que en las consideraciones anteriores se ha determinado la existencia de

mecanismos alternos de defensa judicial al alcance de la actora, lo cual prima facie conduce a estimar que la presente acción de tutela no es procedente, debe ahora la Sala estudiar si, a pesar de ello, la presente acción está llamada a proceder como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto encuentra lo siguiente:

El supuesto perjuicio irremediable procedería de que la declaratoria de incumplimiento contenida en la Resolución 131 de 2007 por ministerio de la ley implica para la actora estar incurso en la causal de inhabilidad a que se refiere el literal e) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, cuando dice:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“ ...

“e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

“ ...

“Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.”²⁸ (Negrillas fuera del original)

Respecto de la aplicación de esta norma al caso de miembros de consorcios obligados a suscribir contratos en virtud de la adjudicación de concursos o licitaciones, el Consejo de Estado ha dicho:

“... la ley 80 de 1993 estableció un régimen severo de inhabilidades e incompatibilidades, con la finalidad de garantizar rectitud, igualdad y claridad en los contratos estatales y en su tramitación previa.

Una de dichas inhabilidades es la del adjudicatario que no suscribe el contrato, la cual se encuentra establecida en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la ley, que preceptúa lo siguiente:

“De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.-

1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado”.

“Como se advierte, esta norma se refiere a una inhabilidad, no a una incompatibilidad, lo cual significa que constituye un impedimento hacia el futuro, una imposibilidad legal, para que la persona natural o jurídica se presente a una licitación pública o contrate con una entidad estatal.

“La inhabilidad se extiende por un término de cinco años, contado desde la fecha de expiración del plazo para la firma del contrato, de conformidad con el último inciso del aludido numeral.

“...

“La inhabilidad establecida por el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993, se aplica a las personas que en forma conjunta presentaron la propuesta y resultaron adjudicatarios de la licitación pública y que no probaron justa causa para abstenerse de suscribir el contrato estatal, a través de la sociedad que se obligaron a constituir.”²⁹
(Negrillas fuera del original)

Por lo anterior, es decir en virtud de lo dispuesto en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y de las consecuencias que de esta norma se derivan, la demandante dice que en cuanto el verse inhabilitaba para celebrar contratos con el Estado durante un lapso de cinco años la excluiría del mercado de la construcción, viéndose abocada a perder o a ceder contratos estatales actualmente suscritos, con grave afectación de su derecho al trabajo, la presente acción estaría llamada a proceder como mecanismo transitorio.³⁰ Por tal

razón, solicita que se decrete la suspensión o inaplicación de las resoluciones 131 de 2007 y 708 del mismo año, mientras la Justicia contencioso administrativa se pronuncia definitivamente sobre la validez de la sanción impuesta.

Pasa pues la Sala a estudiar si la inhabilidad que recae por ministerio de la ley sobre la demandante como consecuencia del incumplimiento decretado por la Alcaldía Municipal de Duitama mediante la Resolución N° 131 de 14 de marzo de 2007 puede ser tenida como causante de un “perjuicio irremediable” en la esfera de sus derechos fundamentales.

Para hacer el anterior análisis, la Sala recuerda la reiterada jurisprudencia de la Corte relativa al concepto de perjuicio irremediable, noción que determina la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio:

“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 de la oportunidad de la urgencia.

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

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

de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”³¹ (Negrillas fuera del original)

Vista la anterior jurisprudencia, corresponde a la Corte determinar si la situación fáctica en la que se encuentra actualmente la demandante corresponde a la de inminencia de sufrir un perjuicio o daño irremediable, entendido en los términos arriba transcritos, que haga impostergable una acción del juez de tutela tendiente a suspender la causa del mismo.

Al explicar las razones por la cuales se consumaría un perjuicio irremediable, en el libelo de la demanda la actora afirma que con la decisión de la Alcaldía se le están ocasionando cuantiosos perjuicios irremediables “ya que al verme inhabilitada para celebrar contratos con el Estado durante el lapso de cinco (5) años, este hecho me excluye del mercado de la construcción, viéndome abocada a perder y a ceder a favor de terceros contratos estatales que actualmente tengo suscritos con diferentes entidades, con lo cual se me estaría vulnerando mi derecho fundamental al trabajo.”

Al parecer de la Sala, la anterior explicación no es suficiente para demostrar la presencia de un perjuicio irremediable que se revista de las características que han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, aceptar que la declaración hecha por la Administración Pública respecto del incumplimiento de una obligación derivada de un acto de adjudicación de un concurso o licitación, y la inhabilidad que por ministerio de la ley esa declaración conlleva, ocasionan irremediablemente en la esfera de los derechos del inhabilitado un “daño”, un “mal”, un perjuicio injustificado, o la “destrucción grave de un bien jurídicamente protegido”, en los términos de la jurisprudencia que se acaba de transcribir, y que en tal virtud tal inhabilidad tiene que dejarse en suspenso hasta que la Jurisdicción Contencioso Administrativa decida, equivale a presumir que las facultades de la Administración para declarar el incumplimiento, y las consecuencias inmediatas que de allí se producen por ministerio de la ley en materia de inhabilidad para contratar prima facie

irrogan por sí mismas perjuicios irremediables a los afectados, de manera que sólo los jueces pueden hacer tales declaraciones. Es decir, sólo hasta que la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableciera si hubo justa causa o no para declarar el incumplimiento, procedería la consecuencia legalmente prevista, es decir la inhabilidad. Por esta vía, se despojaría a la Administración en todos los eventos de la posibilidad de declarar el incumplimiento mencionado, con las consecuencias inmediatas previstas para el mismo por el propio legislador, relativas a la inhabilidad de los proponentes incumplidos. Así, tales facultades de la Administración conferidas en materia contractual para declarar el incumplimiento y la inhabilidad consecuenencial, establecidas como medida cautelar en garantía de la eficiencia de la función administrativa y en defensa de los intereses públicos, quedarían sujetas a una especie de presunción de ilegitimidad, presunción según la cual las mismas causarían perjuicios irremediables a los derechos fundamentales de los afectados, lo que impediría que fueran directamente establecidas por vía administrativa y necesariamente ameritaran el pronunciamiento de la Jurisdicción. De esta manera, la inhabilidad derivada del incumplimiento no operaría por ministerio de la ley sino que requeriría declaración judicial, dejando en el interregno comprometida la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta, como son los de eficacia, economía, celeridad, igualdad y moralidad, entre otros, pues la Administración podría seguir contratando con proponentes respecto de los cuales ella misma ha establecido que no han cumplido compromisos anteriores.

La Sala observa que, en similar sentido, la Corte ha entendido que otras medidas cautelares decretadas a favor de la Administración, como los embargos decretados dentro de procesos de ejecución coactiva, no pueden ser estimados per se como determinantes de un perjuicio irremediable en la esfera de los derechos fundamentales del afectado. En este sentido la Corte ha dicho:

“En efecto, el sólo decreto de medidas cautelares, aunque éste recaiga sobre sumas cuantiosas de dinero y genere consecuencias de diversa índole, no puede ser estimado como un perjuicio irremediable. A esta realidad jurídica ya se ha referido esta Corporación en los siguientes términos, que ahora se reiteran:

“En efecto, existen en el expediente, fotocopias de las medidas cautelares que profirió la administración municipal, ... estas sumas, a pesar de lo alto que puedan ser, por sí mismas,

no permiten al juez de tutela deducir el perjuicio irremediable, no sólo por carecer de parámetros de comparación, sino porque se llegaría al extremo de que toda medida cautelar, sobre sumas que puedan ser considerables, conducirían, necesariamente, al concepto de irremediable. Con argumentos como éste, las medidas cautelares, concebidas en los ordenamientos Civil, Laboral, Administrativo, Tributario, para hacer efectivos los créditos, estarían llamadas a desaparecer.”

“Ciertamente, si llegara a admitirse que las medidas cautelares adoptadas dentro de cualquier proceso judicial, por el sólo hecho de involucrar derechos económicamente cuantiosos y generar traumatismos en el desenvolvimiento de las actividades de la persona afectada, deben ser consideradas en sí mismas como constitutivas de un perjuicio irremediable, la acción de tutela estaría llamada a prosperar para evitar la aplicación de tales medidas en cualquier trámite que las prevea.”³² (Negrillas fuera del original)

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala estima que en este caso no se presenta la inminencia de consumación de un perjuicio irremediable que haga procedente la presente acción de tutela como mecanismo transitorio.

3.4 Eficacia de las acciones ordinarias en el caso concreto.

Por último, debe la Sala analizar si los mecanismos ordinarios de defensa judicial que según se ha visto están a disposición de la demandante, ejercidos a través del representante del Consorcio PMD, resultan eficaces en el caso concreto, o si por el contrario la ineficacia de los mismos ameritaría que la presente acción de tutela fuera concedida como mecanismo definitivo de defensa judicial.

Al respecto la Sala pone de presente y recuerda las particularidades de este caso:

Como se relató en el acápite de Antecedentes, el incumplimiento que fue decretado por la Alcaldía de Duitama respecto de la obligación del Consorcio PMD fue motivado por el vencimiento del término establecido dentro de las condiciones del concurso público en que participó dicho Consorcio, sin que el este último conformara con dicha Alcaldía mediante escritura pública la sociedad a que se había obligado.

La demandante alega que el incumplimiento estuvo justificado por cuanto, ante una denuncia penal relativa a la falsedad de una certificación allegada al concurso, concerniente a la experiencia de los miembros del Consorcio PMD, y con base en la cual se adjudicó al mismo Consorcio tal concurso, la Fiscalía ordenó suspender el proceso de contratación. Así las cosas, dice, elevar a escritura pública la sociedad hubiera implicado un fraude a resolución judicial, por lo cual el no hacerlo estaba justificado. Además, aduce que la minuta del contrato que la Alcaldía exigía elevar a escritura pública no coincidía con la minuta propuesta en el pliego de condiciones, por lo cual se presentaba otra justa causa para la no conformación de la sociedad.

Así las cosas, para proceder a estudiar en el fondo la presente acción de tutela, la Sala tendría que establecer si las antedichas causas de presunta justificación de la no conformación de la sociedad realmente se dieron o no. Para lo anterior, ineludiblemente tendría que esperar a las resultas de la investigación abierta por la Fiscalía, y eventualmente a los resultados del proceso penal que luego se siguiera ante juez competente. Esta prejudicialidad penal sería necesaria, pues el establecer si la falsedad en la mencionada certificación fue imputable al Consorcio PMD o a uno de sus miembros es definitorio para concluir si la no conformación de la sociedad estaba justificada o no. Si del proceso penal se llegara a establecer la responsabilidad penal de los consorciados o de uno o unos de ellos, en realidad lo que la aquí demandante estaría alegando sería la propia culpa del Consorcio PMD en la no conformación de la sociedad, lo cual no sería jurídicamente admisible.

De otro lado, la Sala tendría que emprender una exhaustiva actividad probatoria, para establecer si las variaciones en la minuta proyectada fueron o no consentidas por el Consorcio, y si resultaban o no imprescindibles ante las exigencias hechas al respecto por la Cámara de Comercio de Duitama. De las conclusiones que se desprendieran del anterior ejercicio se derivaría también si la no conformación de la sociedad podía entenderse o no justificada. En el primer caso, el juez constitucional además tendría que establecer y liquidar dentro del proceso la cuantía de los perjuicios económicos que la injusta declaración de incumplimiento hubiera podido irrogar a la actora, a fin de poder repararla.

A juicio de la Sala, el carácter sumario y expedito de la acción de tutela hacen que esta acción no sea la que primeramente deba estimarse como mecanismo principal, es decir no subsidiario, adecuado para definir si la no conformación de la sociedad estaba justificada o

no, de manera que el incumplimiento decretado por la Alcaldía pudiera estimarse ilegal o no. Para estos propósitos, el mecanismo ordinario ante los jueces competentes resulta ser el principalmente idóneo. Recuérdese que el carácter sumario de la acción de tutela significa que es un medio judicial rápido, expedito, que permite adoptar la decisión de fondo con base en pruebas no controvertidas, sin dar lugar a alegar de conclusión, y sin un período probatorio procesalmente amplio.

En contraste con esta característica de la acción de tutela, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que, como se vio, tenía acceso la demandante, permite establecer dentro de un debate probatorio amplio todas las circunstancias anteriormente descritas. En efecto, el proceso ordinario por el cual se tramita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contempla un período probatorio extenso³³ y un espacio para alegar de conclusión.³⁴

La Sala entiende que la eficacia de un mecanismo procesal es una noción que no se refiere únicamente al término o plazo con el que cuenta el juez para adoptar una decisión, o a la rapidez misma del procedimiento. Si bien en las circunstancias concretas de algún caso en particular esta característica de rapidez puede ser la más importante para determinar la eficacia de un medio de defensa judicial, como por ejemplo cuando está de por medio la necesidad de ordenar la atención inmediata de la salud de una persona que corre un riesgo vital, en otros casos la prontitud de la decisión, o la brevedad de los plazos para fallar, no son el único criterio a tener en cuenta para medir la eficacia del mecanismo. En algunas oportunidades, lo que resulta más eficaz para la recta administración de justicia es propiciar espacios probatorios amplios, abiertos a la intervención de terceros interesados, que den oportunidad para controvertir pruebas, para decretar de oficio aquellas que se estimen pertinentes, conducentes y necesarias para llegar a la verdad real, conceder lugar para presentar alegatos, y permitir que funcionarios judiciales especializados en la materia adopten la decisión correspondiente.

Por todo lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la eficacia de un mecanismo de defensa judicial debe ser evaluada en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de las partes y la complejidad del asunto. En esta ocasión, la Sala no duda en descartar que una controversia contractual tan compleja como la que propone la presente demanda encuentre en la acción de tutela, de carácter eminentemente

sumario, el espacio adecuado para ser estudiada, fundamentada probatoriamente y decida mediante sentencia definitiva. El diseño legal de la acción pertinente para esos efectos corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tramitada por el proceso ordinario contencioso, según se acaba de explicar.

Así las cosas, los mecanismos de defensa judicial existentes a disposición de la actora son los eficaces y pertinentes para la resolución del problema jurídico que plantea la demanda, por lo cual la presente tutela no resulta procedente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Confirmar, por la razones expuestas en esta decisión, la Sentencia proferida el siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama, que declaró improcedente la presente acción de tutela.

Segundo. Por Secretaría General 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.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente con permiso

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Texto tomado literalmente de la demanda

2 Ibidem

3 Ibidem

4 Ibidem

5 En total tres de los cuatro integrantes del Consorcio PMD interpusieron recurso de reposición en contra de la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007 que declaró el incumplimiento. Además Seguros del Estado, a través de representante, también recurrió dicha Resolución. Copias de estos recursos obran en el expediente a folios 327 y siguientes del cuaderno amarillo marcado con el número 6.

6 El escrito mediante el cual el representante legal del Consorcio PMD interpuso recurso de reposición contra la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007 obra en el expediente al folio 303 del cuaderno amarillo marcado con el número 6.

7 Estos otros derechos, según lo afirma la demanda, serían el derecho al trabajo y de acceso a la Administración de Justicia.

8 la Sentencia-1002 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

10 Sentencia-1002 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 La anterior disposición no fue objeto de modificación por parte de la reciente Ley 1150 de 2007.

12 Sentencia del 16 de enero de 1975, expediente: 1503; actor: Pablo de Narváez

13 José Roberto DROMI, La licitación pública. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1985. p. 390, 406 y 407.

14 En acápite posterior se referirán los principales pronunciamientos de la Sala.

15 Derik LATORRE BOZA; □ Los Consorcios y el Arbitraje en la normativa Peruana; Lima, Perú, 2004; pág. 7. Artículo publicado en la página electrónica de la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación ([www@servilex.com.pe](http://www.servilex.com.pe)).

16 El artículo 5 del decreto ley 222 de 1983 reguló la solidaridad pasiva de los miembros del consorcio así: “Las personas a quienes en el nuevo evento previsto en los artículos anteriores se les adjudicare un contrato, responderán solidariamente por su celebración y ejecución”; el art. 7 de la ley 80 de 1993 dispuso la responsabilidad solidaria de los miembros del consorcio “por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”.

17 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Sentencia de trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15321)

18 El Consejo de Estado ha precisado que los consorcios son asociaciones carentes de personería jurídica y que la representación que prevé la ley se establece para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Al respecto puede verse la Sentencia de dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. María Helena Giraldo. Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01832-01(28362).

19 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Sentencia de trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15321)

20 Este Acto obra en el expediente al folio 76 del cuaderno principal.

21 Copia del memorial mediante el cual el agente oficioso interpuso del recurso de reposición a nombre de la aquí tutelante obra en el expediente al folio 54 del cuaderno principal.

22 El Consorcio (Consorcio Plaza de Mercado de Duitama PMD) estaba integrado por los señores Luis Alberto Hernández Mojica, José Alonso Guarín Vivas, Nubia Elisa Bohórquez López (aquí tutelante) y la Sociedad A.V.P. construcciones S.A. De estos cuatro miembros del Consorcio, tres interpusieron recurso de reposición en contra de la Resolución 131 de Marzo de 2007, por medio de la cual se había declarado el incumplimiento en la obligación de constituir la sociedad. La tutelante lo hizo mediante agente oficioso. Adicionalmente, en escrito separado el señor Luis Alberto Hernández Mojica, actuado como representante del Consorcio Adjudicatario, también interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución 131.

23 Concretamente el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil.

24 Cf. RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 2007. Pág. 294.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 7087 de enero 31 de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández.

26 Este recurso se dirigía contra la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007 que había declarado el incumplimiento.

27 El Despacho del magistrado sustanciador hace ver que no obra en el expediente prueba alguna relativa a si el consorcio PMD ya interpuso la demandan de nulidad y restablecimiento del derecho frente a la Resolución 131 de 14 de marzo de 2007, que declaró el incumplimiento.

28 Este es el texto de la norma después de la reforma introducida por el artículo 32 de la reciente Ley 1150 de 2007.

29 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).C.P. Cesar Hoyos Salazar. Radicación número: 1172

30 A la demanda de tutela se acompaña la copia de varios contratos suscritos por la actora con diversas entidades públicas. Obran en el expediente a folios 14 y siguientes del cuaderno principal.

31 Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

33 Código Contencioso Administrativo Art. 209: Período probatorio. Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, siempre que las partes las soliciten o que el ponente considere necesario decretarlas de oficio. Para practicarlas se fijará un término prudencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale

34 Código Contencioso Administrativo. Art. 210. Traslados para alegar. Practicadas las pruebas o vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado común a las partes por el término común de diez (10) días, para que aleguen de conclusión.