

Cartagena de Indias D.T. y C., Doce (12) de marzo de dos mil veinte uno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

G

<b>Medio de control</b>	Acción de tutela. – impugnación -
<b>Radicado</b>	13001-33-33-005-2021-00037-01
<b>Accionante</b>	Berenice Camacho Jiménez
<b>Accionado</b>	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
<b>Magistrado Ponente (e )</b>	José Rafael Guerrero Leal.
<b>Asunto</b>	Derecho a la igualdad, debido proceso, derecho de defensa y principio de selección objetivo.

## II.- PRONUNCIAMIENTO

El Presidente de este Tribunal, en virtud del Acuerdo 209 de 1997 y de conformidad con el Oficio n° CE-Presidencia –OFI-INT-2021-961, emitido por la presidencia del Consejo de Estado, por estar incapacitado el Magistrado sustanciador, a fungir como ponente del proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, procede la Sala a resolver la impugnación presentada por Berenice Camacho Jiménez en nombre propio y en calidad de representante legal de la Fundación Hogar Juvenil, entidad sin ánimo de lucro identificada con NIT-890.481.163-4 contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por la sentencia del 2 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado quinto administrativo del Circuito de Cartagena.

## III.- ANTECEDENTES

### - Pretensiones.

Pretende la accionante con la presenta acción de tutela que se le tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, al derecho a la defensa, al principio de selección objetiva; alegando la falta de reglamentación de parte de la accionada en el proceso de selección de operadores para prestar los servicios de primera infancia e “invitación a manifestación de interés No. 2021-13-10000247 en el departamento de bolívar, un procedimiento, forma o fórmula que permita calcular el rango de las uniones temporales debidamente.

Aunado a lo anterior, solicita se decrete la medida cautelar de suspensión de adjudicación del contrato de la invitación del ICBF Regional Bolívar “INVITACION A MANIFIESTACION DE INTERES No.2021-13-10000247; Hasta tanto,

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no establezca un procedimiento, o fórmula para determinar el rango de las uniones temporales.

Solicita además la fijación de tal fórmula para que se ubique Unión Temporal FHJ-FUNPECOL en el rango que realmente le corresponde y la asignación mediante acto administrativo de 20 puntos en el proceso de selección por concepto de experiencia.

#### - Hechos

Para fundamentar su pretensión, expone que la fundación Hogar Juvenil y la fundación perseverar por Colombia constituyeron una unión temporal denominada "Unión temporal FHJ-FUNPECOL".

Que decidieron postularse a la invitación del ICBF regional bolívar denominada: "Invitación a manifestación de interés No. 2021-13-10000247", haciendo todo el seguimiento al proceso de selección, implementado mediante la estrategia Virtual Betto.

Que el día 28 de enero de 2021, identificaron dentro de la plataforma Betto la información relativa a la selección de los operadores, asimismo descargamos el archivo llamado informe\_de\_evaluacion\_27.01.2021, obteniendo un puntaje de 0 puntos, considerando la accionante que debían obtener 20 puntos de experiencia.

Que el día 10 de febrero de 2021, a través de medio electrónico el ICBF les dio respuesta a las observaciones hechas a la manifestación de interés N.2021-13-10000247, presentada por la unión temporal FHJ-FUNPECOL recibiendo por respuesta lo siguiente:

*““Ahora bien, con respecto a su solicitud y en el entendido que por el procedimiento relacionado anteriormente no se tuvieron en cuenta para la selección las Entidades Administradoras de Servicio que se ubicaran en rango 5, a continuación, se relaciona que una vez revisadas las manifestaciones de interés se encontró que los oferentes que hacen parte de la Unión Temporal, si relacionaron experiencia en el municipio donde se va a desarrollar el contrato, por lo que se realizarán las correcciones que corresponden, aunque estas no alterarán el orden de selección, ya que, como se relacionó anteriormente, el proceso de selección se realizó con los oferentes ubicados en Rango 4 y la UT UNIÓN TEMPORAL FHJ-FUNPECOL se encuentra en Rango 5.”*

*“Ahora bien, teniendo en cuenta el valor del contrato el cual corresponde a rango a 3, se procedió a efectuar la verificación señalada anteriormente, es decir, verificar la circunscripción territorial y el rango de los oferentes que manifestaron interés; encontrando que el único oferente que se encontraba habilitado en rango 3 y que tenía experiencia territorial, no contaba con capacidad residual para que fuera adjudicado el contrato, por lo que se continuó la verificación con los interesados ubicados en el rango 4. Tal como se evidencia el oferente que se encuentra en mejor orden de elegibilidad del Rango 4 es CORPORACION EDUCATIVA LOS ANGELES, cuenta con capacidad operativa 4, quien cumple con el puntaje de 65.87*

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9





*ubicándose por encima del mínimo requerido en los actos administrativos antes descritos esto es 30 puntos. Por lo anterior, al lograr el agotamiento de los criterios de circunscripción territorial y rango correspondiente con la CORPORACION EDUCATIVA LOS ANGELES, no fue necesario continuar con la verificación*

En esa misma respuesta se le manifestó que el ICBF cometió un error al clasificar su unión temporal en rango 5, lo cual asevera en un error, de acuerdo a la verificación definitiva de requisitos habilitantes de la invitación pública IP-003-2019 que otorga los rangos, se deja en claro que dicha entidad es rango 4, error que los dejaría por fuera de la adjudicación de la invitación 2021-13-10000247.

Manifiesta que la fundación hogar juvenil es rango 4 y que la fundación perseverar por Colombia es rango 5, y que en casos en los que participen personas jurídicas de diferente rango, se debería establecer una fórmula para determinar el rango para casos de adjudicación de contratos.

Que, ante la mencionada ausencia de reglamentación, el ICBF de manera arbitraria tomó el rango de la fundación perseverar por Colombia y se lo asignó sin justificación alguna a la unión temporal FHJ FUNPECOL.

Que en la invitación pública se estipuló que, para la conformación del banco de oferentes, se señala que los oferentes serían agrupados en rangos de capacidad operativa.

Que, en el caso particular, la capacidad operativa de la unión temporal FHJ-FUNPECOL, en materia de liquidez es rango 5. Por cuanto al realizar la regla de 3 con los puntajes de las dos entidades, arroja un puntaje total para las dos de 1879. Lo mismo que en el indicador de endeudamiento por cuanto el puntaje total de ambas sería de 0.6135.

Manifiesta que si se les tuviera en cuenta los 20 puntos que les otorga el criterio de experiencia en el territorio y adicionalmente se corrige el rango en el que se clasificó a la unión temporal FHJ-FUNPECOL, por la falta de un procedimiento claro, con rango 4 y 79 puntos, obteniendo mejor puesto.

Sostiene que el ICBF no ha presentado justificación alguna por el error cometido y sigue en la omisión de no realizar la nueva calificación en la que se incluyan los puntos otorgados en el criterio de experiencia en el territorio.

Que al no calificar como es debido la puntuación de la unión temporal, el ICBF estaría yendo en contravía de lo regulado por la resolución 6694 de 2020 en lo relacionado a los criterios de calificación de las uniones temporales.

Considera que la acción ordinaria para atender este tipo de asuntos, no es la más idónea, ya que al momento que se resolviera dicha acción, ya se habría adjudicado el contrato, causándole un perjuicio irremediable a la unión temporal.

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



Además, presento una solicitud de medida cautelar, en la que pida se suspenda la adjudicación del contrato que conlleva la invitación del ICBF regional Bolívar "Invitación a manifestación de interés No. 2021-13-10000247".

## - CONTESTACIÓN

Manifiesta la entidad accionada que no es cierto que se haya estipulado de manera arbitraria el rango 5 a la unión temporal representada legalmente por la accionante, en tanto se siguió un procedimiento debidamente explicado en la contestación de la acción de tutela.

*"Una vez agotada la evaluación a los criterios de verificación, si se encuentra requisitos de la manifestación de interés que no afecten la asignación de puntaje, se solicitarán y podrán ser entregados por los proponentes en un término máximo de dos (2) días hábiles. En caso de no recibir los documentos requeridos para la subsanación en el término establecido, será rechazada la manifestación de interés.*

*La Dirección o dependencia que requiera la contratación incluirá en el estudio previo todos los antecedentes y documentos que den cuenta del proceso adelantado y la exposición de motivos y razones que dieron origen a la entidad seleccionada.*

*En el evento en que no se presente ningún interesado, se adelantará el mismo procedimiento hasta efectuar el agotamiento previo del Banco, si no se logra contratar los servicios podrá acudir excepcionalmente a lo establecido en el numeral 4.3 CELEBRACION DE CONTRATOS DE APORTES CON ENTIDADES QUE NO SE ENCUENTREN HABILITADAS EN EL BANCO NACIONAL DE OFERENTES DEL ICBF del Manual de contratación vigente y en caso de no lograr la contratación acudir a lo establecido en el numeral 4.4 CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE APORTE DE FORMA DIRECTA del manual de contratación vigente del ICBF.*

*Una vez agotado el procedimiento establecido antes señalado y conformado el orden de elegibilidad, previo a la suscripción de los contratos y con el fin de evitar la concentración, se deberá verificar que la entidad seleccionada no supere los toques de cupos a contratar en los servicios de primera infancia.*

*Surtido el trámite descrito, se procederá a efectuar la publicación del informe de evaluación inicial, frente al cual los interesados podrán realizar observaciones al mismo dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su publicación a través del correo electrónico [bettoresponde@icbf.gov.co](mailto:bettoresponde@icbf.gov.co), respecto de las cuales la entidad dará respuesta y publicará un nuevo informe de evaluación, si a ello hubiere lugar."*

A razón de lo anterior, explica la accionada que cada proceso de selección es independiente, al que le resultan aplicables las diferentes etapas en la misma, por lo que las fechas y plazos para surtir el proceso fueron dadas a conocer a los interesados, a través de la herramienta tecnológica dispuesta para tal fin y de manera personal a través de mensajes de texto y correo electrónicos.

Por último, añada que por regla general esta clase de actos administrativos pre-contractuales no son debatibles mediante la acción de tutela, y que



para ello existen otros medios ordinarios de defensa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de dirimir este tipo de asuntos.

**- Sentencia de Primera Instancia.**

El juzgado quinto administrativo del circuito de Cartagena consideró que la acción de tutela interpuesta por la accionante no era procedente, en tanto no se pueden dirimir controversias de tipo precontractual o contractual por el presente mecanismo.

Lo anterior considerando que la acción de tutela presentada no cumple con el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, además su carácter sumario impide al a quo hacer exámenes de legalidad como los que requiere el caso en concreto.

No se demuestra el acaecimiento de un perjuicio irremediable tampoco en la acción presentada por la accionante, sino que se limita a hacer dicha afirmación sin llegar a probarla, tampoco se constata que el proceso precontractual ponga en peligro derechos fundamentales que sean de tal magnitud que afecta de manera grave su subsistencia o sobre un bien altamente significativo.

Bajo ese marco, se resolvió la primera instancia en los siguientes términos:

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** improcedente la presente acción de tutela interpuesta por **BERENICE CAMACHO JIMÉNEZ**, en nombre propio y en calidad de representante legal de la Fundación Hogar Juvenil, contra el **INSTITUTO DE COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – Regional Bolívar**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** este fallo a las partes en la forma prevista en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

**TERCERO: ENVÍESE** a la Corte Constitucional el presente fallo, para su revisión, si el mismo no fuere impugnado dentro del término señalado en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

**- La impugnación.**

La accionante presento escrito de impugnación contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena del 2 de marzo de 2021, realizando las siguientes consideraciones:

Alega que contrario a la dispuesto por el juzgado, el proceso de selección no se encuentra finalizado, ya que a la fecha no se ha adjudicado el contrato, debido a unas modificaciones hechas al informe de evaluación conforme a unas observaciones realizadas por los proponentes, modificación con fecha del 14 de febrero de 2021.

Insiste en que la acción ordinaria para atender este tipo de asuntos no es idónea para ya que cuando la misma se resuelva, se habrá adjudicado el

contrato, lo cual representaría un perjuicio irremediable a la unión temporal representada por la accionante.

El anterior perjuicio irremediable se evidenciaría con la obligación de asumir con sus propios recursos y estabilidad, rubros que venían cubriendo con el contrato de aportes No.0207-2020 suscrito con ICBF y vigente hasta el 31 de diciembre de 2020.

Insiste en que la entidad accionada quebrantó sus derechos al debido proceso administrativo, al derecho de defensa y al principio de selección objetiva al no asignarle el rango 4, que alega la accionante les correspondía.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Conforme lo prevé el artículo 132 de la ley 1564 de 2012, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **- COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

##### **- PROBLEMA JURÍDICO.**

Esta Corporación debe establecer si con la actuación de las entidades accionadas efectivamente se violan los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la selección objetiva al clasificar la unión temporal FHJ-FUNPECOL en rango 5 y no en rango 4 para el proceso de selección invitación 2021-13-10000247

También es menester determinar si la accionante Berenice Camacho Giménez y la señora Olga lucia Galeano mayo, quien presento la impugnación cumplían con el derecho de postulación para ser representante legal de la Fundación Hogar joven.

##### **- TESIS**

La Sala considera procedente confirmar el fallo proferido por el juzgado quinto administrativo del circuito de Cartagena, bajo la tesis de que la acción de tutela no resulta procedente para dirimir este tipo de asuntos por la no acreditación de un perjuicio irremediable y que en la jurisdicción

contencioso administrativa existen mecanismos idóneos para presentar esta clase de debates.

Frente al segundo punto se encuentra que la accionante no tiene legitimación en la causa para presentar la acción por falta del derecho de postulación, aunque cabe aclarar se subsanó el error en la impugnación.

#### - **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **De La Tutela.**

##### **Carácter residual y subsidiario:**

Esto encuentra amplio sustento constitucional y legal cuando se analiza el artículo 86 de la Constitución Política que regule el criterio de subsidiariedad, de la siguiente forma: *Esta acción solo 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.*

Por su parte, el decreto 2591 de 1991 en el artículo 6 donde afirma, *La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.*

Otra característica, la del artículo 6 del citado decreto donde se afirma que *La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante*

Se le adhiere a dicha fundamentación el artículo 7 del decreto 2591 de 1991 en el cual se indican medidas de carácter provisional que puede adoptar el juez para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable a la amenaza de un derecho fundamental, así: *Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere.*

Por último, la característica contenida en el artículo 8 del mismo decreto, *Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente*

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9





*podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.*

Frente al carácter subsidiario de la acción de tutela como requisito indispensable para la procedencia de la misma, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en que solo será procedente la mentada acción cuando se logre constatar que no existe otro medio de defensa judicial; que es posible que exista otro mecanismo pero este no tenga la eficacia deseada para la protección de los derechos fundamentales, o cuando se plantea como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable<sup>1</sup>.

Este criterio fue esbozado por el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591<sup>2</sup> encargado de regular las causales de procedencia de la acción de tutela, específicamente cuando dice *“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*, lo que indica que será labor del juez constitucional verificar si en dicho caso específico, no existía otro medio más eficaz para el amparo deprecado por el accionante.

Bajo esa lógica y según sentencia T-003 de 1992 para que el otro medio de defensa sea idóneo para la protección de derechos fundamentales este debe ser *“ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”*. En esa medida, si el otro medio de defensa judicial no cuenta con esas características, es posible que la acción de tutela desplace al supuesto medio ordinario.

Para concluir el presente acápite, la Corte Constitucional en sentencia T-1222 de 2001 se mantiene invariable en su postura de la acción de tutela como un instrumento que, de ser mal utilizado podría desarticular el sistema judicial colombiano:

*“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-464 del 8 de octubre 2019, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

<sup>2</sup> Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política



que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir."

### **Acción de tutela frente actos administrativos**

En primer lugar, cabe resaltar que por regla general la acción de tutela es improcedente para debatir la legalidad de actos administrativos ante los jueces de tutela, esto a razón de lo explicado previamente sobre el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, previamente explicado.

Es necesario en este acápite, ahondar en esos criterios y ya de manera específica determinar: 1) cuales son los criterios que permiten solicitar el amparo vía tutela de un acto administrativo; 2) si es posible solicitar amparo constitucional de actos administrativos contractuales ante el juez de tutela.

Para debatir un acto administrativo vía tutela, el accionante debe probar básicamente dos cosas: 1) que no existe un mecanismo idóneo para la protección del derecho; y 2) que, de no tomarse las medidas necesarias, se de lugar a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en este caso solo como mecanismo transitorio.

Frente al primer punto, es necesario resaltar que, al accionante se le impone la obligación de agotar todas las vías ordinarias (Administrativas y judiciales) antes de acudir al juez constitucional para solicitar amparo por quebrantamiento de derechos fundamentales.

Frente aquella regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-442 de 2014 dijo lo siguiente:

*"La anterior regla general tiene una excepción, consistente en que procede la acción de tutela, cuando se pretende la suspensión del acto administrativo como medio necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En esos casos, la decisión emitida por el juez constitucional debe limitarse a la suspensión de los efectos del acto administrativo controvertido, mientras el juez de lo contencioso administrativo resuelve la controversia suscitada, en cuanto a la constitucionalidad y/o legalidad del acto, cuya suspensión se ordenó por vía de tutela".*

Y a su vez añadió:

*En síntesis, (i) por regla general, la acción de tutela es improcedente como recurso principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, cuando existan*

*otros instrumentos jurídicos (ante la propia administración y judiciales) para su defensa; (ii) procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, (iii) únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo (art. 7º del Decreto 2591 de 1991) y ordenar que el mismo no se aplique (art. 8º ibidem) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

### **Acción de tutela frente actuaciones emitidas en un proceso de contratación pública.**

Lo explicado en los dos acápite anteriores, aplica para las decisiones adoptadas por la administración en procesos de contratación estatal, razón por la cual, el afectado deberá, en primera instancia solicitar ante la administración misma que conjure la acusación de un daño, y si esta no lo hace, agotar los medios que otorga el código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo para ello.

Es decir, el interesado debe acreditar la correnca de un perjuicio irremediable como lo sostiene la Corte Constitucional en sentencia SU-772 de 2014:

*“Respecto a la configuración de un inminente perjuicio irremediable, como ya se mencionó, este Tribunal ha estimado que deben concurrir unas especiales condiciones que hacen procedente el amparo, como son: i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental, ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo, iii) que su ocurrencia sea inminente, iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra, y v) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”*

En el citado caso, la tutela deberá interponerse como mecanismo transitorio y para el efecto, se podrá solicitar la concesión de una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo en el trámite de la tutela para impedir que proteger el derecho presuntamente vulnerado.

En esa misma sentencia se recuerda que, para que el mecanismo ordinario sea idóneo, se debe acreditar lo siguiente:

*el otro mecanismo de defensa es idóneo y eficaz cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alternativo permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compatibilicen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.*

**Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



## **La medida cautelar de suspensión del acto administrativo**

Frente a la solicitud que realiza la accionante en su solicitud de amparo, siguiendo los preceptos anteriormente explicados, La honorable Corte Constitucional en sentencia SU 713-.06 expresó lo siguiente:

*“La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador[124]. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no le impone a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales para proceder a la suspensión provisional de sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del C.C.A[125].*

*Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria (C.P. art. 86).*

*Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.”*

## **Acciones procedentes contra los actos proferidos en el trámite de la licitación pública.**

El artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula expresamente los criterios a tener en cuenta para debatir esta clase de actos ante la jurisdicción contenciosa:

*“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*



*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.*

*El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."*

Como se puede ver en el segundo inciso, todo acto previo a la celebración de un contrato, será debatible a través del medio de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, conforme sea el caso.

Pasa por la labor del juez, determinar si en el caso en concreto se estudia un acto precontractual o contractual.

Al respecto, en sentencia T-442 de 2014, la honorable Corte Constitucional expuso lo siguiente:

*"tanto los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho"*

Como lo resalta la Corte, el otro análisis que debe realizar el juez es el acto proferido por la administración es un acto de trámite o un acto definitivo. Aquí es menester recordar que los actos de trámite, son actos preparatorios, que dan impulso a una actuación de la administración que no crean, ni extinguen, ni modifican una situación jurídica para un particular. Estos actos por regla general no son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a menos que la decisión que se adopte en el impida la continuación de una actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo y demandable ante la jurisdicción contencioso.

Para el caso de acciones de tutela, los actos de tramite son demandables si y solo si, conjugan los siguientes tres requisitos, como se expone en sentencia SU-077 de 2018

*la acción de tutela procede excepcionalmente para cuestionar actos administrativos de trámite, cuando constituya una medida preventiva, "(...) encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad". Ahora bien, esta Corporación ha señalado que para que excepcionalmente sea procedente el mecanismo de amparo para cuestionar la legitimidad de tales actos, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la actuación administrativa de la cual*



*hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.*

### **El informe de evaluación de las propuestas**

El informe de evaluación de las propuestas es el instrumento con el que la administración da a conocer el puntaje que se le asignó a cada oferente en lo atinente a la oferta presentada.

Al respecto el Consejo de Estado dijo lo siguiente:

*“No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes.*

*Es cierto, que la ley no establece la oportunidad para corregir los informes de evaluación y tampoco señala que, corregidos éstos, deban ponerse nuevamente a consideración de los oferentes. Sin embargo, es claro que esta etapa de publicidad y contradicción del estudio y comparación de las ofertas debe agotarse antes de la adjudicación o, por lo menos, ser concomitante con ella, como posteriormente fue reglamentado.*

*Como consecuencia de lo anterior, el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que éste puede apartarse del mismo.*

*Por consiguiente, no cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa.[4] Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación.”*

De lo anterior se extraen dos criterios importantes: 1) el informe de evaluación no obliga al jefe o representante legal a adjudicar el contrato al oferente que mejor puntaje haya obtenido, 2) es un acto administrativo preparatorio, que no crea una situación jurídica para el oferente ni pone fin a una actuación administrativa.

### **DEL CASO EN CONCRETO**

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9





Previo al estudio de fondo del caso planteado en el escrito de amparo, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que, al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (iii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad).

**- Legitimación en la causa.**

Este Tribunal considera que la legitimación en la causa por activa **NO** se encuentra acreditada en esta oportunidad, puesto que conforme a los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, la ciudadana Berenice Camacho Jiménez, no es la representante legal de la Fundación Hogar Juvenil, entidad sin ánimo de lucro identificada con NIT-890.481.163-4, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena el día 24 de febrero de 2021.

Por otra parte, el representante legal principal es la señora Olga Lucia Galeano Maya quien de acuerdo al citado certificado, funge como representante legal de la Fundación de acuerdo a acta 01 del 10 de febrero de 2021 en la cual fue designada.

El representante legal suplente es el señor Marco Antonio Camacho Jiménez, conforme al mismo certificado.

Bajo ese marco, la Corte constitucional en sentencia T-889 de 2013 dejó sentado lo siguiente:

*"la Sala ha distinguido claramente entre el agenciamiento de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, que debe realizarlo su representante legal o su apoderado judicial, y los derechos fundamentales de las personas naturales que constituyen o hacen parte de la persona jurídica en cuestión. Por tanto, para esta Corporación es claro que la legitimidad por activa para la defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas depende de que exista una relación de representación legal o apoderamiento judicial entre la persona natural que alega la vulneración y la persona jurídica que ha sido afectada. Ahora bien, acerca de la representación judicial de las personas jurídicas, la Corte ha señalado que debe guiarse por las reglas generales de postulación, de manera que la acción de tutela debe ser presentada o bien por su representante legal o bien por intermedio de apoderado. En cuanto a las entidades públicas, este Tribunal ha señalado que su representación judicial puede llevarse a cabo por otros funcionarios distintos del Representante Legal, cuando así lo dispongan las normas que definan su estructura."*



Así las cosas, para que una persona jurídica pueda tener legitimación por activa en el trámite de una acción de tutela debe ser a través de su representante legal debidamente constituido o a través de apoderado judicial.

En el expediente consta que la accionante que interpuso la acción de tutela, no reunía las condiciones para ser representante legal debidamente constituida, por modificaciones que se hicieron mediante actas que constan en el certificado de existencia y representación legal.

Bajo ese criterio, la persona que debía interponer la acción de tutela, era la señora Olga Lucia Galeano Maya y no la señora Berenice Camacho Jiménez como consta en el expediente.

También se aclara que el error fue subsanado posteriormente en la impugnación cuando la representante legal debidamente constituida en acta 01 de 10 de febrero presentó sus reparos al fallo de primera instancia, por lo cual se entiende subsanado el presente requisito de procedibilidad de legitimación en la causa.

#### **- Inmediatez**

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el amparo de tutela está previsto para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, con lo cual el Constituyente buscó asegurar que dicha acción sea utilizada para atender afectaciones que de manera urgente requieran de la intervención del juez constitucional.

Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al juez constitucional verificar en cada caso concreto si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, la acción tutela se interpuso oportunamente.

En el presenta caso, se solicita el amparo de los derechos fundamentales del accionante, por la presunta no valoración de la experiencia, violentando a juicio de la accionante, su derecho al debido proceso administrativo, a la defensa, a la igualdad y al principio de selección objetiva

Siguiendo la misma línea, la acción de tutela fue presentada el 17 de febrero de la anualidad en curso, encontrándose en el “término” para presentar la presente acción.

#### **- Subsidiariedad**

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9





La Corte Constitucional, ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que esta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico, salvo que las mismas sean ineficaces, no idóneas o se configure un perjuicio irremediable.

En el presente caso es necesario determinar la procedencia de la acción de tutela frente a un acto que es meramente de trámite o impulsorio, que no crea, ni modifica, ni extingue una situación jurídica para el accionante.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia ha dejado que la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos de trámite es netamente excepcional, solo será apropiada cuando se constituya como una medida preventiva para evitar un perjuicio irremediable. Además de lo anterior, se deberán cumplir tres requisitos: 1) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido, 2) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final y que ocasione una vulneración o amenaza de un derecho fundamental<sup>3</sup>.

En el presente caso, el informe de evaluación es un acto de trámite, que no crea, ni modifica ni extingue una relación jurídica de un particular con la administración, pero por su misma naturaleza, no es posible ver en el horizonte el acaecimiento de un perjuicio irremediable porque este no tiene la entidad suficiente para obligar a la administración.

En el presente caso, se cumple aquel criterio que indica que la actuación no debe haber concluido, en tanto todavía no se ha adjudicado, pero el informe de evaluación no define situaciones especiales o implica mejor derecho a ser elegido en un orden específico, lo que nos lleva al punto de que definitivamente no existe vulneración a derechos fundamentales.

### ***Decisión de fondo.***

Conforme a las consideraciones expuestas previamente, procede la sala a proferir decisión de fondo en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-077 de 2018



La sala considera que la acción de tutela impetrada por la accionante Berenice Camacho Jiménez y posteriormente impugnada por la señora Olga lucia Galeano Maya acreditar la legitimación por activa de la acción y la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez de tutela.

Sobre la legitimación por activa de la acción, como se expuso en las consideraciones sobre los requisitos de procedencia de la acción, las personas jurídicas solo podrán actuar mediante apoderado judicial o representante legal debidamente constituido, y de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por Cámara de Comercio de Cartagena el 24 de febrero, la accionante no era la representante legal de la entidad por lo cual no le asistía derecho para accionar al ICBF pero como se logra constatar la señora Olga Lucia Galeano Maya.

La señora Olga lucia Galeano Maya, quien efectivamente funge como representante legal fue quien impugnó la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo cual el requisito de legitimación en la causa por activa se encuentra subsanado

Por lo cual, conforme a las consideraciones hechas, frente al requisito de legitimación por activa, la presente acción de tutela es procedente

Frente al segundo punto, como se puso de presente en la parte considerativa de la presente acción, si un particular pretende que amparen ciertos derechos fundamentales porque considera que un acto administrativo, en este caso contractual, es contrario a las disposiciones ius fundamentales, debe acreditar que no tiene un mecanismo idóneo para solicitar su protección y acreditar un perjuicio irremediable relacionado con que ese acto administrativo continúe en el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, el acto que es considerado nugatorio de las garantías iusfundamentales, es un acto de trámite y frente a esta clase de actos, como se expuso en las consideraciones del presente fallo, se puede evaluar en sede de tutela ya que, frente a este tipo de actos, los medios dispuestos en el código procedimiento administrativo no resultan del todo idóneas y eficaces para conjurar la presunta violación de derechos fundamentales.

A lo anterior se debe añadir que los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho requieren que el acto sea de carácter definitivo, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica para el particular o si el acto es de trámite, que ponga fin a un procedimiento.

El acto informe\_de\_evaluacion\_27.01.2021, es un acto de trámite, de impulso, no es un acto definitivo, es un acto que busca la clasificación de las ofertas



presentadas por los oferentes, no ha creado ningún derecho para los oferentes participantes de la Invitación a manifestación de interés No. 2021-13-10000247.

Frente al perjuicio irremediable cabe recordar los criterios que ha determinado la jurisprudencia constitucional para determinar su posible acaecimiento y son los siguientes, (i) *una afectación inminente del derecho - elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio - grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.*<sup>4</sup>

Como se puede ver, y de conformidad con las consideraciones expuestas obre el informe de evaluación, el hecho de que la unión temporal del presente caso representada por la accionante sea evaluada en un rango menor o mayor, no es suficiente para demostrar que exista una afectación inminente de sus derechos como oferente o el decreto de una medida cautelar.

Como se dejó claro, el informe de evaluación no obliga a la entidad contratante y tampoco es obligatorio que se escoja al contratista en el expreso orden o rango que allí se determina, por lo cual, el criterio de perjuicio irremediable no se encuentra acreditado en la presente causa.

Si lo que la accionante pretende es modificaciones de fórmulas para determinar rangos de empresas en un diferente rango y que posteriormente se unen para conformar uniones temporales, se le recuerda a la accionante que eso no pasa por labor del juez constitucional y que, de hacerlo, se quebrantaría el ordenamiento jurídico colombiano, que ha constituido la tutela como un mecanismo netamente para la protección de derechos fundamentales.

En consideración a lo expuesto anteriormente, procederá la sala a proferir sentencia de fondo, confirmando íntegramente la sentencia de fondo y denegando la solicitud de decreto de medida cautelar de suspensión de acto administrativo.

### **Decisión.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia T-375 de 2018



#### IV- FALLA

**PRIMERO. CONFIRMAR**, la sentencia del 2 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Quinto administrativo del circuito de Cartagena, conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

**SEGUNDO. NOTIFIQUESE** esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

#### COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.*

#### LOS MAGISTRADOS,

*Ausente por incapacidad*

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**

**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL.**

*Presidente (e<sup>5</sup>)*

<sup>5</sup> Oficio n° CE-Presidencia –OFI-INT-2021-961, por medio de la cual se comunica que la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión Virtual realizada el 9 de marzo de 2021, encargo de las funciones del Despacho del doctor Roberto Mario Chavarro Colpas, Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, por el Término de 30 días, a partir del 7 de marzo de 2021, al Presidente de la Corporación el dr. José Rafael Guerrero Leal.