



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA – RAD. No.11001310300320210001000

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por **CONSTRUCTORES E INGENIEROS UNIDOS S.A.S – CONINSAS** a través de apoderado judicial contra el **MINISTERIO DE CULTURA**. Trámite al que se vinculó a **SEGUROS DEL ESTADO S.A., CUBIKO OBRAS Y CONSULTORIA SAS** como a todos los intervinientes dentro de la actuación administrativa que se gestiona en la referida cartera ministerial por posible incumplimiento del contrato 3251-2018, así como a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN¹.

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

1.1.1. El extremo accionante solicitó el amparo a su derecho fundamental al debido proceso, como a los principios de legalidad, seguridad jurídica y buena fe contractual, considerando una vulneración de los mismos por el Estado en cabeza del Ministerio de Cultura y dentro de la actuación administrativa que este gestiona por el presunto incumplimiento de obligaciones del contrato de obra No.3251 de 2018.

1.1.2. Pretende, en consecuencia, que, por vía de la tutela, se deje sin efectos la Resolución No.2828 del 28 de Diciembre de 2020 e instar al Ministerio accionado para que en las actuaciones administrativas que adelante, respete los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

1.2. Los hechos

1.2.1. Manifiesta el activante en síntesis como apoyo a su reclamo tutelar y con las pruebas que allega, así como lo fundamentos de derecho en que se funda, que en oficio del 14 de febrero de 2020, el accionado Ministerio realizó citación a audiencia para decidir presunto incumplimiento del contrato de obra No.3251 de 2018 y, de acuerdo con el art.86 de la Ley 1474 de 2011 para adelantar actuación administrativa, citación que debía ser taxativa en cuanto los puntos que indica y que afirma el accionante, el Ministerio accionado omitió revelar, entre ellos cuales serían las consecuencias del posible incumplimiento.

1.2.2. Anota, el 21 de febrero de 2021(sic) dentro de la actuación aludida, intervino el representante legal de la empresa accionante sin apoderado judicial, por lo cual el Ministerio de Cultura a través de la Interventoría y la Supervisión, violando el debido proceso y el derecho de defensa del contratista, amplía hechos de posible incumplimiento

¹ Criterio de vinculación del Despacho en todas las actuaciones constitucionales a partir de la Pandemia generada por el Covid-19.

que se habían plasmado en la citación inicial, ante lo cual el apoderado judicial de la aseguradora Seguros del Estado S.A, en esa audiencia y como consta en acta, realiza argumentación acerca de si la citación lo es para constreñimiento al contratista a que cumpla sus obligaciones o si se estaba frente a la declaratoria de un incumplimiento parcial definitivo u otros que allí se plasman, de las que hace apego para fundar su queja, por cuanto la referida citación en su apreciar, no estableció la intervención de la interventoría y la supervisión, ni las consecuencias que acarrearía una sanción o aplicación de multas pactadas en el contrato o declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o la garantía de cumplimiento del contrato, aspectos que se consideran violatorios de los derechos invocados por vía de tutela y que asevera, dan lugar a impedir realizar una defensa técnica adecuada, por cuanto las cláusulas enunciadas en la citación como incumplidas se trataban de algunas actividades o exigencias administrativas, técnicas y de ejecución, y financieras, las que a su vez resume.

1.2.3 Señala que las cláusulas y obligaciones contenidas en la prenombrada citación como incumplidas, corresponden a un posible retardo de ciertas actividades o de entrega de cierta documentación y, como el contrato se encontraba en ejecución, se presume que la contratante inició la actuación administrativa tendiente a hacer efectiva la cláusula de multas conminatorias pactadas y, en la medida que se obvió en la citación hacer referencia específica a posible sanción y, por el informe de CUBITO OBRAS Y CONSULTORIA SAS que fungió como interventor del proyecto y el cual hizo parte integral aquella.

1.2.4 Expone como violatoria de todas las garantías constitucionales la actuación administrativa adelantada a la empresa accionante por parte del ministerio accionado, la que inicia con oficio de citación de 14 de febrero de 2020 y, aun cuando en audiencia del 21 de febrero del mismo año por la aseguradora se pone en evidencia el posible error cometido con la citación, doliéndose de que el Ministerio de Cultura decide “ilegalmente” y por fuera de la actuación en trámite, ordenar la realización de informes de visita técnica por parte de funcionarios de apoyo a la supervisión, para luego utilizarlo como prueba dando alcance a la citación inicial y siendo ello violatorio de los derechos del contratista, calificando además la decisión como arbitraria por parte de una funcionaria del ente accionado que rigió la audiencia y al hallarse aquel acto viciado de nulidad, por cuanto fue la misma persona-funcionaria que como ordenadora del gasto se negó a prorrogar el plazo de ejecución del contrato y luego pretendió subsanar la citación inicial utilizando además, un informe realizado con posterioridad a la terminación del contrato y sin que se hubiera decretado la práctica de pruebas.

1.2.5 Indica, mediante oficio de 5 de marzo de 2020, el Ministerio de Cultura, remitió alcance a la citación de audiencia de posible incumplimiento del contrato, donde determina que el porcentaje es del 32% y tasa el perjuicio en \$1.444´408.841,14 y, que además las consecuencias del incumplimiento se traducirían en declaratoria del mismo como del siniestro para hacer efectiva la póliza No.21-44-101287111 y, en ese alcance incorpora prueba de informe de supervisión de 26 de febrero de 2020 con alcance del 2 de marzo del mismo año, con lo cual, el día 11 de marzo de 2020 se da continuación a la audiencia y dentro ella el apoderado del contratista realiza propuesta que se consigna en el acta e igualmente transcribe en escrito tutelar, luego se suspende la diligencia para ser continuada en fecha que se indicó se informaría mediante correo electrónico.

1.2.6 Relata, el 2 de julio de 2020, se reanuda la audiencia con un nuevo Secretario General del Ministerio de Cultura, quien pidió se explicara el estado de la misma, lo que realiza el apoderado de la firma contratista y por el interés de ésta en entregar la obra funcional, hace resumen de la propuesta presentada en audiencia del 11 de marzo de 2020 y, se conmina a realizar una mesa de trabajo con el Grupo de Infraestructura y así definir los puntos técnicos que debe contener la propuesta real para luego evaluarla, estado de la diligencia en el cual aquella se suspende.

1.2.7 La audiencia se reanuda el 9 de diciembre de 2020, con el fin de presentar el informe de resultado de la mesa de trabajo y a los presentes se les da a conocer las razones por las que no es acogida la propuesta de la sociedad contratista relacionada con contrato de transacción, entre otros que transcribe según acta que revela fue levantada y, allí en esa audiencia, el Secretario General del ente accionado, otorga plazo hasta el 14 de diciembre de 2020 para presentar observaciones al informe de visita técnica realizado por el supervisor del contrato.

1.2.8 Precisa que, el 28 de diciembre de 2020, se reanuda la audiencia y, donde se afirma no se dió el uso de la palabra para presentar los respectivos descargos por parte del apoderado del contratista y ante el fracaso del contrato de transacción sugerido, sino que se realiza lectura de la parte resolutive de la Resolución 2828 de 2020 *“Por medio de la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato de obra No.3251 de 2018 y se dictan otras disposiciones”*, violando así los derechos aquí reclamados al no brindarle oportunidad a la accionante de presentar descargos o solicitar practica de pruebas para hacerlas valer en esa actuación administrativa.

1.2.9 En acápite que denomina CONCEPTO DE VIOLACIÓN, indica que lo es por cuanto el Ministerio accionado, no dió la oportunidad dentro del trámite de la actuación de carácter administrativo sancionatorio que le adelantó, de presentar los descargos de conformidad con lo establecido en el literal b. del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, donde se establece que con la citación que la entidad realiza, se debe acompañar el informe de interventoría o supervisión, a efectos que el contratista y el garante, presente los respectivos descargos y soliciten pruebas, lo que no se produjo, calificando ello como una inobservancia al debido proceso, y renglones seguidos expone similares argumentos plasmados en los hechos de su demanda, destacando que el Ministerio accionado toma un informe de interventor o supervisor como la prueba más importante para proferir acto administrativo de carácter sancionatorio en contra del contratista-accionante y siendo a su observar esa prueba violatoria del artículo 29 de la Constitución Nacional, entre otras exposiciones que ante su amplitud, han de tenerse en esta providencia insertos en su literalidad.

1.2.10 El activante señala que, si bien la sociedad accionada podría acudir a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, promueve la tutela a efectos de lograr protección inmediata y efectiva del derecho al debido proceso que dice se le ha conculcado por parte del Ministerio de Cultura y ante su procedencia contra actos administrativos que constituyen vías de hecho y, por cuanto lo hace como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1.3. El trámite de la instancia

1.3.1 En auto del 14 de Enero de 2021, se asumió el conocimiento de la acción y se ordenó la notificación del ente accionado; así mismo, se dispuso la vinculación de la Procuraduría General de la Nación y a las entidades o personas que allí se indicaron por las razones igualmente expuestas en esa providencia; para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción y ejerciera el derecho de defensa que les asiste.

De igual forma y a efectos de que se verificara la notificación de este trámite a la totalidad de quienes al mismo fueron vinculados, por auto del 21 de Enero de 2021, se hace requerimiento al Ministerio accionado e igualmente se dispone que por secretaría se fije Aviso², en la forma y términos allí dispuestos.

1.3.2 El accionado **Ministerio de Cultura**, responde la acción de tutela que les fue promovida, por conducto de su Coordinador Grupo de Defensa Judicial, de la Oficina Asesora Jurídica, quien expone que el accionante hace una relación de lo que en su criterio es relevante en la actuación administrativa surtida y que culminó con la expedición de la resolución 2828 de 2020 del Secretario General de este ente ministerial y que es la que se plantea sea anulada mediante la presente tutela.

Exterioriza que más que hechos lo que se realiza por el accionante es una serie de cuestionamientos jurídicos a las actuaciones desplegadas, para llegar a una conclusión personal de una supuesta vulneración de derechos fundamentales, siendo improcedente la tutela, ya que lo expresado corresponde a un debate judicial que se da en un escenario procesal diferente a la acción de tutela y no ser el mecanismo jurídico para debatir esas cuestiones, atinentes a la legalidad de una decisión administrativa.

Frente a los alegatos del extremo accionante, señala hacer algunos breves comentarios, aceptando como cierto lo enunciado en los denominados hechos 1, 8, 9, 10 y 11 y, que frente al hecho 2.- No es cierto, por cuanto en la citación del 14 de enero de 2020, en el acápite V se indicó las consecuencias del incumplimiento, la que en todo caso tuvo alcance mediante comunicación de 5 de marzo de 2020, en la que se señaló que de verificarse el incumplimiento, las consecuencias se traducirían tanto en la declaratoria de aquel, como del siniestro de la póliza No.21-44-101287111, en el amparo de cumplimiento y, que no es cierto lo expuesto en el hecho 3., que en la diligencia del 21 de febrero de 2021(sic), el Ministerio haya violado el acceso y derecho al debido proceso y de defensa del contratista, al considerar que la interventoría y el supervisor ampliaron los hechos del posible incumplimiento que se habían plasmado en la citación, de lo cual, en todo caso se corrió traslado a la empresa contratista para su pronunciamiento.

Explica como estuvo dirigida la intervención en la actuación tanto de la interventoría como en relación con el supervisor, así mismo, que dentro de la misma no se evidencia violación alguna al debido proceso ni muchos menos al derecho de defensa, destacando frente al hecho 4. de la tutela, que no es cierto como lo pretende hacer ver el accionante y por cuanto, precisamente el alcance a la citación se generó, con el fin de garantizarle los derechos fundamentales, al indicarse en la audiencia del 21 de febrero de 2020, que le asistía razón al abogado, por cuanto la terminación del contrato se efectuó entre la citación y la diligencia de descargos, por lo que no podía ser conminado a cumplir a través de una multa y, lo que motivó hacer ajustes a la citación para proseguir el procedimiento.

² Publicitado en el micrositio del Juzgado de la página web de la Rama Judicial el 25 de enero de 2021, link: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-03-civil-del-circuito-de-bogota/-/accion-de-tutela-20210001000-y-20210002100>

Al referirse al hecho No.6, lo califica como no cierto que resulte violatorio de las garantías constitucionales y legales, ordenar la realización de unos informes de visita para posterior subsanación de la citación inicial, para demostrar el incumplimiento y la tasación del daño causado y, por cuanto el literal d) del art.86 de la Ley 174 de 2011 prevé en cualquier momento del desarrollo de la audiencia, que el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspenderla cuando de oficio o a petición de parte, resulte necesario para allegar o practicar prueba que estime conducentes y pertinentes o, debidamente sustentado se encuentre para el correcto desarrollo de la actuación administrativa y porque en todo caso para la declaratoria de incumplimiento y siempre que no se haya proferido resolución, la Entidad Estatal deberá buscar las medidas de saneamiento oportunas y pertinentes.

En cuanto al hecho No.7 de la tutela, refiere que es parcialmente cierto, que el No.12 no es un hecho sino una apreciación subjetiva del accionante, el No.13 lo refirió como no cierto y, respecto a las pretensiones de la acción de tutela, exterioriza que en esencia se busca la nulidad de un acto administrativo, proferido en una actuación administrativa, por medio de la cual se declaró un incumplimiento contractual, acto del que informa a la fecha no se encuentra en firme, como quiera que contra aquel se interpuso los recursos pertinentes en la vía gubernativa y en ejercicio del derecho de contradicción que le asiste al interesado en aquella decisión adoptada, estando pendiente de resolver recursos de reposición presentados tanto por el apoderado del contratista, como el de la aseguradora los días 11 y 12 de enero de 2021, respectivamente, en contra de la Resolución No. 2828 de 28 de diciembre de 2020.

Concluye así, que la acción de tutela resulta improcedente en el presente asunto, por cuanto no cumple el requisito de subsidiariedad y al haber concluido el proceso sancionatorio, no cumplir con la demostración del perjuicio irremediable que la justifique y siendo absolutamente impertinente, tratar por esta vía de eludir el ejercicio de una acción judicial, máxime cuando no se ha agotado la vía gubernativa.

En mensaje o correo electrónico de alcance, el Ministerio de Cultura remite (escaneado) el expediente administrativo que origina la acción de tutela, en la parte del procedimiento de incumplimiento (con link o enlace de carpeta compartida, con contenido por partes) y en otro posterior a aquel, allega constancias de notificación que les fue requerida en autos.

1.3.3. Seguros del Estados S.A., se pronuncia por conducto de apoderada general, para señalar que se encuentra vinculado al procedimiento administrativo sancionatorio al que refieren los hechos de la tutela, haber asistido a través de apoderado especial a las diligencias y conforme obra en documentos y actas de audiencia, indicando como ciertos los hechos 1 a 5, 8 a 12 y, que no le constan lo números 6, 7 y 13.

A manera defensiva argumentativa, solicita tener en cuenta lo por ella expuesto y pide se le desvincule de la acción de tutela, refiriendo como fundamentos jurídicos los siguientes:

Improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de violación a derecho fundamental alguno a la accionante por parte de Seguros del Estado S.A., como quiera que la accionante señala que hubo vulneración al debido proceso por parte del accionado Ministerio de Cultura y no de esta aseguradora.

Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, por no ser la aseguradora la llamada a proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la accionante y ser ajena a la situación fáctica que da origen a la acción constitucional.

1.3.4 De su parte la **Procuraduría General de la Nación**, contestó la vinculación efectuada por intermedio de su Jefe de la Oficina Jurídica, quien luego de hacer una serie de precisiones acerca de la acción de tutela, alega una falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que alude que las pretensiones esbozadas en la acción promovida, no se hallan en el marco de sus competencias y por cuanto exterioriza, dicha entidad no ha adelantado actuación alguna en detrimento de los intereses del accionante, solicitando ser desvinculada del trámite.

En correo adicional allegado a este trámite el 22 de enero del año avante, informa que una vez revisados los archivos de esa dependencia y el SIAF, no reposa ningún antecedente de petición alguna presentada por la empresa CONINSAS en la que haya solicitado investigación de su parte por el presunto incumplimiento del contrato No.32-51-2018.

1.3.5 CUBIKO OBRAS Y CONSULTORIA SAS convocada a esta acción suprallegal en calidad de vinculado, por oficio INT-MIN-CUL-TAM-2021-001 del 22 de enero de 2021, suscrito por su representante legal, manifiesta que luego de revisar la acción de tutela instaurada, de su parte no existe responsabilidad en el trámite administrativo que se adelanta por el Ministerio de Cultura, ya que su labor de interventoría es presentar el inicio de aquel procedimiento, sin embargo no tiene el manejo ni control ni disposición de lo que realice la entidad contratante y por lo cual no les compete efectuar ningún pronunciamiento adicional.

1.3.6 Los demás convocados o quienes igualmente podrían tener algún interés en la presente acción de tutela, ha de decirse, guardaron conducta silente durante el término del traslado otorgado, por lo cual, fenecido aquel surtido a través del ente accionado, como el del aviso aquí igualmente fue dispuesto y que se realizó por conducto de la secretaria del juzgado, se considera que es dable emitir la decisión de fondo.

2. CONSIDERACIONES

2.1 En virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y, el Decreto 1983 de 2017, reglamentarios de la acción constitucional en estudio, este Despacho es competente para conocer la acción de tutela formulada; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia³.

2.2 La acción de tutela es una herramienta que busca la protección inmediata de las garantías de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Este mecanismo constitucional es, de igual forma, excepcional, pues solamente puede ser ejercido con prontitud y ante la inexistencia de algún otro medio de defensa judicial y, debe recordarse que el amparo constitucional se caracteriza por la prevalencia del principio de la subsidiariedad, ya que sólo procede ante la ausencia de

³ Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

un instrumento jurídico eficaz para la defensa oportuna del derecho objeto de violación o amenaza; por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración, pues su finalidad no consiste en reemplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los derechos de los ciudadanos.

2.3 El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer cesar la vulneración a los derechos fundamentales, o en caso de que exista otro mecanismo, aquel no sea idóneo o eficaz para garantizarlos, o porque se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de la acción de tutela como vía preferente o instancia judicial adicional de protección⁴.

Siendo así, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) *mecanismo definitivo*, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁵; ii) Procede la tutela como *mecanismo transitorio*: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁶. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que un evento o situación puede ser considerado como perjuicio irremediable si convergen estos tres elementos: i) **debe ser cierto e inminente** –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos verídicos⁷-, ii) **debe ser grave**, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado⁸, y iii) **debe requerir atención urgente**, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁹.

2.4 Con respecto al debido proceso administrativo invocado en la acción de tutela, este derecho tiene relación con la denominada vía de hecho, que como su nombre lo indica, es un acto de poder que se sustrae a cualquier fundamento normativo; un acto de poder que se presenta como una imposición arbitraria del capricho de un servidor público; que ha llevado a la H. Corte Constitucional a negarles a esas actuaciones el carácter de providencias judiciales y, por lo cual se ha desarrollado lo que ahora se denomina

⁴ Sentencia T-401 de 2017

⁵ Sentencias T-800 de 2012, T-436 de 2005, y T-108 de 2007, entre otras.

⁶ Sentencias T-800 de 2012, T-859 de 2004.

⁷ Sentencia T-494 de 2010.

⁸ Sentencia T-699 de 2012.

⁹ Sentencia T-494 de 2010.

causales genéricas y especiales y/o específicas de procedibilidad de la acción¹⁰, destacando que “únicamente se configura sobre la base de una ostensible trasgresión del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en que, distorsionado el sentido del proceso, las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial -que entonces pierde la intangibilidad que le es propia- encuentren en el amparo la única fórmula orientada a realizar, en su caso, el concepto material de la justicia.”¹¹

Bajo el desarrollo jurisprudencial del máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional acerca del derecho al debido proceso previsto en el Art.29 de la Carta Política, se ha enseñado que debe aplicar a *toda clase de actuaciones judiciales y administrativas* con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución¹²; Corporación que definido el debido proceso administrativo como: “**(i)** el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, **(ii)** que guarda relación directa o indirecta entre sí, y **(iii)** cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “**(i)** asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, **(ii)** la validez de sus propias actuaciones y, **(iii)** resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”¹³(...)”¹⁴ (sin negrillas en el texto original).

2.5. Descendiendo al asunto objeto del estudio constitucional y acorde a lo expresado tanto por la empresa accionante como por la parte accionada, se puede colegir que la presunta vulneración de derechos fundamentales que aquí se reclaman por la activante, lo es ante su inconformismo frente a la decisión que se profirió dentro de una actuación administrativa que le fuera adelantada por el Ministerio de Cultura dentro de la órbita de sus competencias y facultades y, ser el centro del asunto objeto de la queja, un aspecto por demás de connotación especial relacionado con contratación estatal.

Tenemos entonces, acorde con el material probatorio recaudado, que la empresa CONINSAS, en calidad de contratista dentro del negocio jurídico o contrato No.3251-2018 que suscribió con el accionado Ministerio de Cultura el 21 de diciembre de 2018 para la construcción por el sistema allí fijado del Teatro de la Provincia de Cartama en el municipio de Tamesis (Antioquia), el cual fue objeto de prórrogas de plazos u otros mediante otrosíes (5, según lo develan las documentales allegadas), con ocasión del informe de interventoría presentado por quien fungiera como interventor así como el rendido por el Coordinador del Grupo de Infraestructura Cultural Supervisor de ese contrato de obra, se le adelanta la actuación administrativa, la que inicia con una citación a audiencia de posible incumplimiento del referido contrato, la que se produce mediante oficio del 14 de febrero de 2020 y al cual se da alcance en misiva de 5 de marzo del mismo año; procedimiento que concluye con la emisión de la Resolución No.2828 de diciembre 28 de 2020, luego de haberse realizado audiencia de descargos y/o posible incumplimiento por diversas causales <de orden administrativas, técnicas y de ejecución, financieras, (como reanudación y/o continuación de aquellas> según actas que sobre las

¹⁰ Conforme han sido decantadas por la jurisprudencia Nacional, véase por ej.: Sentencias T-429 de 2011; T-071 de 2012; T-125 de 2012 del H. Corte Constitucional y providencia del 9 de septiembre de 2014 dentro del radicado No.75397 de la Sala Penal –Sala de Decisión de Tutelas de la H. Corte Suprema de Justicia.

¹¹ Sentencia T-555 de 1999 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹² Sentencia C-214 de 1994.

¹³ Ib.

¹⁴ Definición expuesta en la Sentencia T-010 del 20 de enero de 2017, Mag. P. Dr. Alberto Rojas Ríos

mismas se levantaron de calendas 21 de febrero, 11 de marzo, 2 de julio, 9 y 28 de diciembre del año 2020.

A propósito de la queja constitucional, se tiene que los hechos sobre los que en su mayoría se basa la acción de tutela, conforme a revisión del proceso administrativo que se allegó a estas diligencias, en su mayoría se hallan plasmados dentro del acta de audiencia del presunto incumplimiento de data 21 de febrero de 2020, pero no bajo argumentos de ésta sino como allí se dejaron expuestos, por parte del apoderado de la aseguradora que en la misma intervino y que también se halla vinculada a este trámite supralegal, cuando se le dió el uso de la palabra (ver numerales V. y VII. del acta correspondiente), en temas tales como, que se suspendiera esa audiencia a efectos que el contratista sustentara una defensa técnica y jurídica pero no solo por el hecho que hace resaltar el hoy accionante, sino porque tal como se dejó plasmado: *“Teniendo en cuenta la trascendencia y el valor asegurado que es cercano a los \$4.000.000.000 entendiendo que puede ser declarado el incumplimiento dado los contenidos de la citación”*, y su manifiesto desacuerdo respecto de la aplicación restrictiva del art.86 de la Ley 1474 de 2011, no ser de su recibo la citación para determinar un posible incumplimiento cuando faltan 7 días para el vencimiento del plazo contractual y que la citación no establecía según se expuso, la situación o consecuencias frente a la presunta declaratoria de un incumplimiento ni reúne lo instituido en la ley, entre otras y bajo las cuales se formularon 3 peticiones, así:

“Se de por terminado el presente procedimiento administrativo por carencia de cumplimiento de requisitos legales (artículo 86 Ley 1474 de 2011).

Terminación del presente procedimiento administrativo por violación al principio de legalidad al permitir la intervención de la supervisión y de la interventoría que no se encuentra contemplada en la ley.

Violación al principio de inmediatez de la prueba por tanto el contratista no se le permitió el aplazamiento de la diligencia el cual era viable para ejercer su derecho de defensa y contradicción”.

Conforme a lo anteriormente analizado, para esta sede de tutela no son de recibos los argumentos del accionante sobre presunto quebrantamiento al debido proceso que le endilga al Ministerio de Cultura, porque si de algún vicio de nulidad se hallaba afecta la actuación administrativa que allí se gestiona, aquello no fue alegado desde la primera audiencia celebrada dentro de la misma y, sin embargo a reparos allí expuestos y que no se acogieron, los convocados no interpusieron medio de impugnación y en cambio, siguieron actuando sin presentar solicitudes en tal sentido, por ende incluso la alegada nulidad estaría saneada y, si adoptaron posiciones que al no salir avantes (ej. fórmula transaccional), desencadenaron en la declaratoria y sanciones pecuniarias que establece la Resolución 2828 de diciembre 28 de 2020, no es la vía de la tutela la llamada a desatar tamañas controversias, máxime cuando como se dejó expuesto en la parte dogmática de esta providencia, para el caso concreto, se tiene que existen otros medios ordinarios de defensa y ante ello deviene en improcedente el amparo tutelar invocado, toda vez que ha de darse un amplio debate probatorio no solo frente al procedimiento surtido en la actuación administrativa sino en la necesidad de desentrabar el fondo del asunto, existiendo así un juez natural encargado de tales contiendas.

Ahora bien, cierto es que en la primera citación no se estableció las consecuencias de esa actuación administrativa, no obstante, también es evidente que en el oficio de alcance a la misma del 5 de marzo de 2020 y tal como lo señala en sus descargos el ente encartado, se subsanó tal aspecto echado de menos en la primera audiencia por la asegurada y ahora por vía de tutela por el contratista, este último a quien tampoco es dable aseverar que se le vulneró o soslayaron derechos de defensa y contradicción en la medida que en la primera audiencia determinó su comparecencia sin un abogado que la ejerciera, no obstante como se plasmó en el acta levantada, a su representante legal se le concedió el uso de la palabra y aquel presentó sus descargos e hizo alusión a diversos aspectos relacionados con su citación frente al contrato y la obra como se dejó sentado -correspondían a asuntos técnicos- propios de la actividad u objeto social de la empresa y por ende, conocedor de sus pormenores quien en aquella actuó y, con todo, en las demás audiencias celebradas sí contó la empresa contratista con apoderado judicial que los garantizara y sin que por parte de quienes actuaron en tal calidad (los abogados Daniel Arturo Garay Moreno, quien luego renuncia y así actúa luego el gestor judicial que promueve la tutela Oscar Alexander Mesa Mesa), hubieran enervado solicitudes para que se saneara alguna irregularidad en tal sentido o demás temas que se hacen ver en el reproche que se realiza en la tutela, como por ejemplo, en lo tocante al tema probatorio.

Claro se torna en el asunto objeto de estudio, que el extremo accionante pretende mediante la presente acción suprallegal, se declare sin efectos jurídicos la Resolución No.2828 del 28 de Diciembre de 2020 que se profirió dentro de la actuación administrativa que origina la tutela y adelantada por el Ministerio de Cultura, la cual se profirió en audiencia de esa misma calenda, donde se dió lectura a la misma y dispuso, entre otros, declarar el incumplimiento del contrato de obra No.3251 de 2018 suscrito entre la empresa accionante y el ministerio accionado, como consecuencia de esa declaración se ordena hacer efectiva cláusula penal pecuniaria por suma de \$756´963.021 y el pago de la suma de \$1.444´404.841 por perjuicios, entre otras determinaciones que dicho acto administrativo contempla.

Aquella decisión, ha de decirse, fue notificada en estrados y sobre la cual se surte recurso de reposición formulado por la aquí accionante y también por la aseguradora a través de sus gestores judiciales, conforme lo sostuvo el ente ministerial accionado y que se constata con las copias de la actuación que en medio digital compartió para revisión en sede de tutela, el que además informó no se halla resuelto.

Frente a tales pedimentos, se resalta que este Despacho Judicial no entrará en detalle alguno o miramientos sobre peticiones que el quejoso constitucional haya elevado en su recurso reposición, menos aún las particularidades de la actuación administrativa, pues como se dejó señalado en párrafos precedentes, no se advierte por este especial mecanismo el presunto quebrantamiento del debido proceso y por cuanto en el desarrollo del problema jurídico, que se torna complejo dado la especialidad de la materia y, aunado a que en lo tocante a contratación estatal, la misma se rige no solo por norma especial sino además, por las estipulaciones contractuales pautadas, estas últimas que bajo ninguna óptica son dables de ser abordadas por esta especial y expedita vía de la tutela.

Corolario, deberá tener en cuenta la parte accionante, que la acción de tutela no fue creada con el propósito de sustituir los recursos ordinarios para atacar las decisiones de la administración, ni para mejorar la situación procesal de las partes que dejaron de utilizarlos en su provecho, si no para garantizar, proteger y velar por los derechos

fundamentales de los ciudadanos, que han sido vulnerados, evento que no se vislumbra en el caso dejado a consideración de esta Juez Constitucional, toda vez que ciertamente tanto las personas naturales como las jurídicas son sujetos de amparo tutelar, no obstante, salta a la vista que para el caso dejado a consideración, la acción promovida se torna improcedente frente a la pretensión buscada por el extremo accionante, que la enmarca a que por esta especial vía se deje sin efectos un acto administrativo que sin duda afecta su interés patrimonial; sin embargo, no puede tenerse que por la mera declaratoria realizada en la Resolución cuestionada, se tenga por sentado un perjuicio irremediable a la accionante para abrogarse el análisis el Juez constitucional, máximo cuando la accionante no ha agotado todos los medios legales para ello, ora en la vía gubernativa y sin que se tenga que la judicial una vez culminada aquella, no sea el mecanismo idóneo para magno debate o discusión jurídica, esto es, no se cumple con el principio de subsidiariedad que se demanda y tampoco se tiene que los mecanismos ordinarios no estén llamados a dirimir la controversia que se ha generado por virtud de un contrato en un ente estatal.

Quiere decir lo anterior, que, dentro de la actuación administrativa, el accionante contaba y cuenta incluso, con una gama de elementos de defensa, que la misma ley le otorga y que si no hizo uso de ellos en su debido momento, no es dable que se realicen utilizando la tutela como medio alternativo para subsanarlo, además cuando no se le ha desatado recurso de reposición que interpusiera contra el acto de la administración proferido en la audiencia de 28 de diciembre de 2020 y, porque como el mismo accionante tal y como lo reconoce en su escrito de la tutela, cuenta una vez agotada la vía gubernativa, con los medios de defensa y contradicción que tiene a su alcance ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si es que considera que el actuar del Ministerio de Cultura ha sido injustificado al punto de no garantizarle efectivamente su derecho y donde con fehaciente certeza luego de agotar las etapas propias que se han fijado en esa clase de asuntos, se puedan establecer y esclarecer si en efecto se cometieron errores de procedimiento, lo que permite garantizar en primera medida los derechos fundamentales invocados.

Situaciones administrativas que requieren un análisis más a fondo, mediante la aportación de pruebas en un proceso dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que demuestre quien cuenta con toda la razón sobre el abordaje que debía darse a la actuación administrativa y respecto del contrato que dio lugar a ella. Por lo tanto, este análisis no corresponde hacerlo mediante el trámite expedito de la acción de tutela, toda vez que existe otro mecanismo de acción judicial que garantiza de manera idónea, no solo los derechos legales y fundamentales que estiman vulnerados, sino que permite a las partes desvirtuarlos, mediante el ejercicio del derecho de contradicción.

Por lo antes estudiado y a manera de conclusión del sub examine, no existe hecho concreto del cual se pueda inferir una situación real y un argumento para sustentar el quebrantamiento de los derechos fundamentales que de ellos se invocan, lo que de suyo impone denegar el amparo frente a los mismos, toda vez que de una parte no hay certeza de ello y por otra que no se comprobó que exista en el tiempo un perjuicio irremediable a efectos de dar prioridad a las pretensiones solicitadas y cuando en relación con este tema, la H. Corte Constitucional mediante sentencia T- 365 de 2006, señaló:

“...la existencia de perjuicio irremediable no se reduce a simples afirmaciones del demandante, sino que exige la acreditación del mismo dentro del proceso:

*No sobra subrayar que cuando se alega la existencia de un perjuicio irremediable no basta con **meras afirmaciones**, toda vez que incumbe a la parte que lo alega aportar prueba que permita su acreditación en sede de tutela. [Así se ha pronunciado este Tribunal] en reiterada jurisprudencia, entre las que se encuentra la sentencia T-278 de 1995, en la cual se expresó: ‘En relación con el perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de expresar que, para que este se configure **no basta la sola afirmación del accionante**, sino que aquél debe estar plenamente acreditado en el proceso, y que además se adopte como mecanismo transitorio, mientras resuelve el derecho por parte del juez competente para decidir la situación en forma definitiva...’.*

Puestas así las cosas y con base en lo anteriormente esbozado, la presente acción de tutela se torna improcedente, como quiera que la pretensión solicitada, bajo el principio de subsidiariedad, no es dable de analizarse de forma principal por esta especial y expedita vía de tutela, ya que cuenta el accionante con vías legales para debatir la actividad desplegada por la entidad accionada, y no puede hacer uso de esta acción célere para generar un trámite que él como usuario de la administración debe concluir y, según esta establecido por el legislador vía gubernativa ora vía jurisdiccional de lo contencioso administrativo, en donde habrá de agotar medios instituidos para obtener la decisión que estima debe proferirse en derecho o dejar sin piso jurídico la Resolución 2828 del 28 de diciembre de 2020, por medido de la cual se declara el incumplimiento del contrato de obra No.3251 de 2018 y se dictan otras disposiciones, emanada del Ministerio de Cultura a través de su Secretario General.

3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. NEGAR por improcedente, el amparo invocado por el apoderado judicial de la empresa CONSTRUCTORES E INGENIEROS UNIDOS S.A.S. - CONINSAS, conforme a los considerandos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

3.2. Notifíquese este fallo conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.3. Si esta decisión no es impugnada, remítase en oportunidad el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts.31, 32 y 33 ejusdem). Secretaría proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm+