

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado: 061 (043) **2020 – 00363** 01
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Consorcio Agenciar Wesw
Accionada: Empresa de Acueducto, Agua y Alcantarillado de Bogotá - EAAB - Dirección de Contratación y Compras
Vinculados: Alcaldía Mayor de Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-
Asunto: **Impugnación Fallo**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por la parte accionante, contra la providencia del cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal transformado transitoriamente en Juzgado Cuarenta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

I.- ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos.

Dijo el gestor del amparo que, el Consorcio que representa, hizo parte del proceso de invitación pública iniciado por la EAAB, cuyo objeto era la Construcción de la Portería y Campamento de Piedras Gordas y del Campamento El Silencio en el Sistema Chingaza de la División Norte de Abastecimiento de la Gerencia Corporativa del Sistema Maestro.

Refirió que entregaron la información requerida para hacer parte de la invitación por escrito y en medio magnético (USB), "...Sin embargo, por un error involuntario la impresión del presupuesto en dos de sus celdas de las más de seis mil se hizo parcial de estas dos celdas, (más del 90% efectivamente impresa) existió un error en el ocultamiento de la totalidad de esta dos celdas en su impresión del documento físico (IMPRESIÓN QUE SE GENERO DEL MEDIO MAGNETICO QUE REPOSA EN LA PROPUESTA INICIAL RADICADA) que fue entregado a la entidad por parte del consorcio..."

Mencionó que el comité evaluador de la EAAB recomendó adjudicar el contrato al CONSORCIO CONSTRUCHINGAZA VILAX y rechazó la oferta económica del Consorcio accionante porque dos ítems del formulario No. 1 (presentado en físico), diferían de las condiciones fijadas en la invitación, señalando que cuando existan diferencias entre lo físico y lo magnético debe prevalecer el documento en medio físico y que no era procedente la revocatoria directa de la vía administrativa, porque este tipo de trámites eran regulados por el derecho privado; tampoco tuvo efecto la solicitud de reconsideración, a fin de que sean valorados los documentos aportados en medio magnético, que cumplen todos los requisitos de la invitación.

Sostuvo que una correcta interpretación y aplicación del literal k), del artículo 21 del Manual de Contratación de la entidad (Resolución No. 791 de 2019), así como las normas de orden público que rigen esta clase de contratación, permitiría reconsiderar la oferta del Consorcio Agenciar Wesw, con miras a que se fije un nuevo plazo, para la verificación de todas las propuestas.

2.- Las Pretensiones.

"...**PRIMERO.** Sírvase **TUTELAR**, en favor de la entidad accionante, por violación de la Constitución y la Ley, **LA PROTECCIÓN** de los siguientes Derechos Fundamentales: **Debido Proceso, Derecho de Defensa, contenidos en el Art. 29 C.N.** Como se ha explicado en los hechos de esta acción constitucional.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, sírvase **ORDENAR**, a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP - SECRETARÍA GENERAL - DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS, que dentro del trámite del proceso de invitación pública No. ICSM-1497-2019, de aplicación a lo normado por el numeral k) del Artículo Vigésimo Primero del Manual de contratación de la entidad (Resolución No. 791 del 2019).

En el sentido de que la entidad accionada, como ordenador del gasto o su delegado, se aparte de la recomendación hecha por el comité evaluador y en su defecto, que se sirva

solicitarle al mismo comité, que RECONSIDERE el rechazo de la oferta presentada por el CONSORCIO AGENCIAR WESW, y que como consecuencia de lo anterior, se fije un nuevo plazo para la verificación de las propuestas dentro del trámite del proceso de oferta No. ICSM-1497-2019; dando aplicación a lo normado por la Ley 527 de 1999...”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela por reparto le correspondió conocer al Juzgado 61º Civil Municipal transformado transitoriamente en Juzgado 43º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, se admitió por auto del 22 de abril del año en curso, en el cual se ordenó la notificación de la Entidad accionada, para que en el término de un (1) día, se pronunciara respecto de los hechos en que se fundamenta la queja constitucional, allegando la documentación necesaria para tal fin y en general, para que ejerciera el derecho de contradicción y defensa, además acreditar la existencia y representación legal de la entidad.

Asimismo, se ordenó la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-,

4.- Intervenciones.

Advierte el Despacho que se recibió informe, junto con sus anexos, de la Secretaría General de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, del apoderado judicial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB y de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

5.- La Providencia de Primer Grado.

La Jueza a-quo, después de determinar el problema jurídico, consideró que los consorcios tenían legitimación en la causa para instaurar acciones de rango constitucional, para el amparo del debido proceso, sin embargo, el resguardo en sede de tutela se tornaba improcedente en temas económicos y de discusiones contractuales.

En el análisis del caso concreto, expuso que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB, en sus contratos se rige por las normas

del derecho privado (Código Civil y Mercantil entre otros); que las reglas de la invitación pública No. ICSM-1497-2019, son las mismas para todos los oferentes, de modo que la decisión cuestionada por el Consorcio "...se encuadra dentro de los lineamientos establecidos (...) debidamente motivado con fundamento en él, y no se trata de una determinación caprichosa..."; concluyendo la improcedencia del amparo deprecado.

6.- La Impugnación.

Insistió el accionante en sus iniciales pedimentos, reiteró la presunta deficiencia en la valoración de los documentos allegados dentro del expediente precontractual, toda vez que la información aportada en medio magnético no fue tomada en cuenta, contrariando el principio de la buena fe y las garantías superiores del debido proceso y el derecho a la defensa.

Sostuvo que existe el principio de EQUIVALENCIA FUNCIONAL del documento electrónico, frente a su contenido, valor y alcance jurídico de otros instrumentos convencionales, de modo que, la entidad accionada debe ajustar la interpretación de su manual de funciones, respecto de los medios de prueba aportados.

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia¹.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

Debe establecer el despacho si las circunstancias anotadas entre el Consorcio accionante y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB, dentro del procedimiento de invitación pública N° ICSM-1497-2019, vulnera los derechos fundamentales invocados en su escrito

¹ Acuerdo No. CSJBTA20-41, emanado del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá "Por medio del cual se reglamenta el reparto de acciones de tutela y habeas corpus y para los juzgados 27, 28, 29 y 30 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y, para Juzgados 405, 406 y 407 Civiles del Circuito Transitorios de Bogotá"

tutelar; además, si por este hecho, hay lugar a la revocatoria del fallo impugnado.

3.- Derechos fundamentales.

3.1. El Debido Proceso.

Este derecho fundamental, se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política, en los siguientes términos:

«Artículo 29. – El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.»

El objetivo fundamental de esta prerrogativa es la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas. El debido proceso exige de las autoridades la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.

Entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones;

(iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

3.2. El Debido Proceso Administrativo.

La Corte Constitucional ha determinado que: *“... la existencia de dicho derecho fundamental, se concreta, en cuanto a los mecanismos de protección de los administrados, en dos garantías mínimas, a saber: (i) En la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación. De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.*

El debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122)...”²

4.- Requisito de subsidiariedad en la acción de tutela.

Conforme con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la presente acción preferente y sumaria sólo resulta procedente cuando se han agotado los medios de defensa que el legislador ha dispuesto en cada caso particular o los mismos no resultan idóneos para la protección del derecho reclamado, en tal sentido dicha corporación mediante sentencia T-471 de 2017 dispuso:

*“Esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un***

² Sentencia T- 048 de 2008.

pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015** y **T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”

5.- Caso concreto.

5.1. De acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de tutela advierte el Despacho que, lo pretendido por el consorcio accionante es que se aplique una excepción a la regla contenida en el literal k) del artículo 21 de la Resolución 0791 de agosto 12 de 2019, por el cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adopta el Manual de Contratación y de esta forma continuar participando en el trámite de la invitación pública No. ICSM-1497-2019 de la EAAB, pues considera que su oferta cumple los parámetros allí previstos para ser seleccionada como potencial oferente, si en cuenta se tiene que la información suministrada en medio magnético carece del error que se evidencia en el documento físico.

5.2. Según los lineamientos del manual de contratación de la Empresa de Servicio Público, el régimen aplicable corresponde al derecho privado, su objeto y alcance consiste en establecer las reglas que rigen el trámite interno en la contratación de la EAAB.

En el artículo 12, entre otras cosas, se indica que en la modalidad de invitación pública se designará un comité evaluador, conformado por funcionarios y contratistas que, bajo total autonomía, independencia y confidencialidad, estudiarán y evaluarán los aspectos técnicos, jurídicos, financieros, económicos, calificarán las propuestas recibidas y recomendarán su aceptación o rechazo de manera objetiva y ciñéndose exclusivamente a las reglas de la invitación y las directrices del manual.

5.3. La entidad accionada sostuvo que el rechazo de la oferta del Consorcio Agenciar Wesw, en el procedimiento de invitación pública No. ICSM-1497-2019, se encuentra soportada en las reglas del Manual de Contratación, toda vez que se presentaron inconsistencias en el documento escrito (físico) que recoge la oferta presentada.

El promotor del amparo asiente sobre la inconformidad de su oferta, sin embargo, expone que, si se revisa íntegramente la documentación, se puede constatar que en el medio magnético no se presenta la circunstancia anotada, por ende, resulta procedente que el ordenador del gasto haga una excepción por una especie de exceso ritual manifiesto³ y se le permita continuar en el proceso de contratación.

5.4. Sobre el particular, se debe decir que, no emerge el perjuicio con carácter de irremediable que afecte al Consorcio Agenciar Wesw, si en cuenta se tiene cuál es la naturaleza y objeto de la figura consorcial, en donde cada uno de los entes societarios que lo conforman mantienen su independencia; además, el Consorcio demandante no explica siquiera sumariamente en qué puede consistir tal perjuicio, como tampoco por qué se encuentra en estado de indefensión frente a la Empresa de Servicios Públicos accionada.

Nótese que, apenas atina a decir que por la situación de emergencia sanitaria los despachos judiciales se encuentran cerrados y por esta causa no puede instaurar las acciones judiciales atinentes y que por eso acude a este mecanismo excepcional de protección.

³ El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial (T 234 de 2017)

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“...Con base en los anteriores criterios y una vez revisada la situación fáctica y jurídica del asunto puesto en conocimiento de esta Sala, se obtiene que la disputa trabada entre las partes del proceso de tutela, las cuales, a su vez, son partes de una relación contractual, se encuadra dentro de la definición de las obligaciones que por la autonomía de la voluntad fueron convenidas por ellas pero que, en este momento, presentan un desacuerdo para su cumplimiento.

Así las cosas, el juez de tutela no puede convertirse en el juez del contrato, en la medida en que carece de competencia para resolver el conflicto planteado en el ámbito puramente legal, esto es, en relación con la “interpretación y aplicación de la ley contractual”, pues sus atribuciones constitucionales, sin lugar a dudas, se concretan en la protección de los derechos fundamentales (C.P. arts. 86 y 241), asumiendo, en consecuencia, el rol de juez de los derechos...”⁴

5.5. En el caso de marras, se advierte que la acción se centra en una controversia de interpretación jurídica, que no pueden ser objeto de análisis por el Juez Constitucional. Recuérdese que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado e idóneo para debatir las inconformidades planteadas por aquéllos, pues las discusiones relacionadas con la invitación pública y los oferentes deben ventilarse exclusivamente ante la Jurisdicción competente, a través de las herramientas dispuestas para tal efecto, siendo inviable, por lo tanto, que se puedan plantear y resolver asuntos como el aquí suscitado ante el Juez Constitucional, por cuanto la tutela es un mecanismo excepcional de carácter residual y subsidiario.

En tal virtud, no puede concebirse el amparo constitucional como una herramienta alternativa, adicional o complementaria de las establecidas por la ley para la defensa de los derechos, en tanto con ella no se puede pretender la sustitución de los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de los mismos para controvertir las decisiones emitidas por la entidad accionada⁵.

5.6. En efecto, si en gracia de controversia se admite que el rechazo de la oferta del Consorcio Agenciar Wesw, en el trámite de la invitación pública No. ICSM-1497-2019, resultó contraria a las reglas de esta convocatoria y del ordenamiento jurídico, a lo sumo el perjuicio se concreta a un daño

⁴ Sentencia T 150 de 2016. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

⁵ Sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil

patrimonial o económico que en manera alguna puede ser reconocido en sede de tutela.

Empero, no se advierte el acaecimiento de un perjuicio irremediable que justifique que el juez constitucional tome medidas urgentes para evitar o hacer cesar el mismo, de manera tal que la decisión que se tome en la vía jurisdiccional resulte inoportuna, por lo cual dentro de del presente trámite no se verifican los requisitos de gravedad e inminencia que suponen la adopción de tales medidas.

5.7. Al respecto, recuérdese lo dicho por la H. Corte Constitucional al señalar en la sentencia T-488 de 2014:

“(…) Con el fin de analizar la afectación del derecho al debido proceso, la Corte ha hecho remisión a las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por tratarse de las formas más usuales de vulneración. No obstante, ha insistido en que siendo la jurisdicción contenciosa administrativa el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración, la procedencia de la acción de tutela resulta aún más excepcional que contra decisiones judiciales. En esta medida, el examen constitucional debe ser más estricto, en aras de evitar un uso abusivo del recurso de amparo contra decisiones administrativas que cuentan con su propio procedimiento de control judicial”. (subrayado fuera del texto).

Revisados los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, se advierte por el Despacho que la Empresa de Acueducto, Agua y Alcantarillado de Bogotá - EAAB -, para el trámite de la invitación pública No. ICSM-1497-2019, con miras a elegir el mejor oferente para contratar la construcción de una obra, ha seguido las reglas del manual de contratación de esa entidad; por otro lado, el Consorcio Agenciar Wesw refiere que, el rechazo de su propuesta se debió a una interpretación restrictiva del reglamento por parte del Comité Evaluador, pues entiende que la información en medio magnético complementa o debe ser analizada de forma integral con los documentos escritos que componen su propuesta, por manera que bien podía seguir haciendo parte del proceso como oferente.

Ante tales circunstancias, el debate probatorio que merece el asunto sub-judice, debe ser amplio y arduo, de lo cual deriva en la improcedencia de la acción constitucional para revocar las decisiones de la entidad accionada, máxime que no deja de ser eventual e hipotético el daño que se le pudo

haber causado al consorcio, si en cuenta se tiene que de continuar su participación en la invitación pública No. ICSM-1497-2019, no significa que su propuesta sería la elegida para convertirse en el contratista de la obra.

5.8. Reitera el despacho que, no hay evidencia del daño actual o inminencia de un perjuicio irremediable que afecte al Consorcio Agenciar Wesw, de modo que habilite la procedencia de la tutela judicial como mecanismo transitorio, ya que el eventual perjuicio solo tendría connotación económica, por ende, no reúne las características necesarias para considerar un amparo transitorio, por tratarse de una disputa exclusivamente de índole precontractual como se dijo en líneas precedentes.

En ese orden de ideas, la solicitud de amparo esta indefectiblemente avocada al fracaso por lo que se confirmará la decisión de primer grado, por cuanto el actor, cuenta con los medios eficaces de defensa judicial para proteger sus derechos, una vez pase la contingencia de la pandemia, de suerte que no es necesaria la intervención inmediata del juez para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que no se avista en el horizonte, por tanto acudir a los medios ordinarios de defensa no resulta demasiado gravoso.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

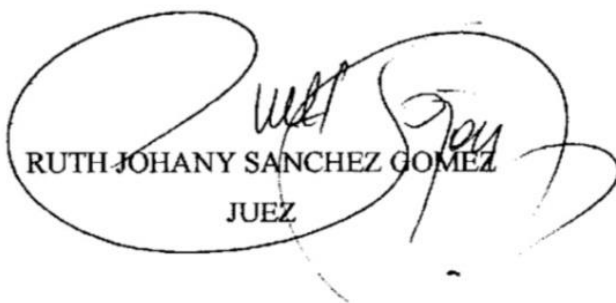
Primero: CONFIRMAR la Sentencia calendada cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal transformado transitoriamente en Juzgado Cuarenta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, por las razones consignadas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión a las partes personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: En su oportunidad, **REMITIR** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE,


RUTH JOHANY SANCHEZ GOMEZ
JUEZ