



Veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

FALLO DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Trámite: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: DECAR GABRIEL SOLANO SOLANO
Accionados ALCALDIA MUNICIPAL DE MANAURE GUAJIRA
Radicado: 44-56-04-089-001-2020-00018-01

En tiempo oportuno entra a resolver el Despacho la impugnación promovida por el señor DECAR GABRIEL SOLANO SOLANO, actuando en nombre propio contra el fallo de tutela proferido el cuatro (04) de junio del 2020 en tanto se declaró improcedente la tutela.

HECHOS RELEVANTES

1. El 20 de diciembre de 2019, en audiencia pública fue adjudicado el proceso licitatorio LP 014 2019 al proponente CONSORCIO CALLE PRIMERA, el cual represento.
2. El acto administrativo de adjudicación está contenido en la Resolución No. 649 expedida el 20.12.2019 por el Alcalde Municipal de Manaure.
3. El acto administrativo de adjudicación fue notificado a los tres proponentes que participaron del proceso en la audiencia de adjudicación.
4. El contrato de obra pública No. 293, resultante del proceso licitatorio LP 014 2019, fue debidamente suscrito por las partes el 23.12.2019.
5. Que la entidad profirió la Resolución 071 del 13 de marzo de 2020 expedida por el alcalde municipal Dr. Juan Josa Robles Julio, por la cual se inicia una actuación administrativa para determinar la existencia de una causal de nulidad del contrato de obra pública No 293 de 2019.
6. Que hasta la fecha de la presente no se ha publicado por parte de la administración municipal el acta de la audiencia de adjudicación tal como lo hemos solicitado reiteradamente, ni se ha tenido en cuenta como pruebas del proceso el contenido de este documento y la verificación de la capacidad residual realizada en la audiencia de adjudicación, mediante la aplicación oficial prevista para este fin, tal como lo hemos solicitado en nuestro anterior escrito. A pesar de haberse planteado estas peticiones dentro de la actuación la administración procedió a tomar la decisión en la Resolución No. 136 sin resolverlas, sin tener en cuenta las pruebas disponibles, tal como el acta de i. audiencia de adjudicación y lo actuado en ella. Este proceder claramente viola el procedimiento administrativo establecido en los Art. 40 v 42 de la Lev 1437 de 2011 y el derecho fundamental al debido proceso.
7. Que el día 11.05.2020 les fue comunicada la resolución No. 136 del 8.05.2020 expedida por el Alcaide Municipal, Juan José Robles Julio, por medio de la cual este



funcionario resuelve dar por terminado unilateralmente el contrato de obra No. 293 del 23.12.2019 y ordenar su liquidación, desestimando sus argumentos jurídicos y facticos expuestos en la respuesta a la resolución 071.

8. La Resolución No. 136 fue expedida por el funcionario ignorando totalmente el contenido del el acta de la audiencia de adjudicación, documento el cual solicitamos reiteradamente tener como prueba y fundamento de la decisión administrativa, más aun el funcionario suprimiendo y ocultando este documento que hace parte del plenario del proceso contractual, tal como lo admite el mismo en su respuesta a su solicitud de publicación del documento violando el procedimiento prescrito en los artículos 36, 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011, al decidir el asunto sin observar el debido proceso ordenado por el Art. 42.

9. Es evidente la vulneración del derecho al debido proceso y el agravio al principio de legalidad, ya que el funcionario presuntamente de manera consciente y arbitraria no tuvo en cuenta el documento mencionado, ni permitió que este fuera conocido por mi representada, tampoco tuvo en cuenta, ni se refiere en la resolución No. 136 en modo alguno a lo actuado por la entidad en la audiencia de adjudicación, en la cual la entidad a solicitud de uno de los proponentes advirtió que se había dejado de incluir en el cálculo de capacidad residual un contrato y actuando en consecuencia tal como lo prescribe el pliego de condiciones del proceso el comité evaluador procedió a ingresar de nuevo los valores respectivos incluyendo la totalidad de la información correspondiente al contrato previamente omitido, en el aplicativo dispuesto por Colombia Compra Eficiente para tal fin arrojándose el resultado final CUMPLE con la capacidad residual de contratación requerida. Por lo tanto queda evidenciado que la entidad en ningún momento "eludió" el procedimiento o los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993 y por lo tanto es absurdo el infructuoso intento del funcionario de querer construir sin fundamento una prohibición expresa para la celebración del contrato de obra No. 293 y en base a esta construcción alejada de la realidad fáctica y sin criterio Jurídico proceder a la terminación unilateral y la liquidación del contrato.

10. En su respuesta del 20.03.20, después de nuestras reiteradas solicitudes frente a las cuales el Sr. Alcalde guardo silencio, por lo cual fue necesario recurrir a la protección tutelar de nuestro derecho fundamental de petición, mediante tutela con Radicado 2020-00015-00, recibíéndose respuesta apenas el 20.03.2020 después de la admisión de la acción de tutela, a nuestras peticiones el Sr. Alcalde manifiesta que no procede a publicar el Acta de la audiencia de Adjudicación que se encuentra en los documentos del proceso, supuestamente porque carece de la firma del Mandatario anterior, argumento vano ya que este documento al integrar el plenario del proceso tiene total garantía de validez y veracidad, y tampoco requiere de la mencionada firma al tratarse de un protocolo de la audiencia pública celebrada y no de un acto administrativo. Este sorprendente actuar del funcionario JUAN JOSE ROBLES JULIO, consistente en no publicar este documento público puede posiblemente tener su razón en el malévolo, caprichoso y arbitrario deseo del funcionario de suprimir este documento público ya que en él debe constar lo sucedido en la audiencia de adjudicación, entre otros que el comité evaluador del proceso LP-014-2019 a inquietud de uno de los proponentes procedió a



incluir el contrato omitido en el cálculo de capacidad residual del proponente al cual represento y después de un receso manifestó que al ingresar los datos requeridos en la aplicación prevista por Colombia Compra Eficiente inclusive del contrato anteriormente omitido esta aplicación arrojó como resultado que el proponente y ahora contratista CONSORCIO CALLE PRIMERA, SI CUMPLIA con la capacidad residual requerida y por lo tanto cumplió con todos y cada uno de los requisitos habilitantes previstos por el pliego de condiciones del proceso.

11. En vista de lo anterior se procedió con la audiencia, la cual culminó con la Adjudicación del contrato a su representada. Todo lo anterior debe estar incluido en el acta de la audiencia de adjudicación, evidenciándose claramente que son vanos los argumentos esgrimidos en este sentido por el Dr. JUAN JOSE ROBLES JULIO y indiciándose la razón por la cual el funcionario presuntamente desea suprimir este documento público. Postura la cual sigue manteniendo el funcionario en la resolución No. 136 de 2020, vulnerándose nuestro derecho fundamental al debido proceso.

12. Que en mérito de lo expuesto se evidencia claramente la múltiple, reiterada y flagrante violación de nuestro derecho fundamental al debido proceso por parte del funcionario JUAN JOSE ROBLES JULIO en el marco de procedimiento administrativo que culmina en la resolución No. 136 de 2020.

13. Que el día 25.05.20 se envió correo conteniendo el recurso de reposición al correo electrónico de la entidad, pero en vista de que esta no acusó recibido, fue necesario proceder al radicado de este documento el día 26.06.2020 en físico en las instalaciones de la entidad.

Actuación procesal de primera instancia

Debido a lo expuesto anteriormente, el accionante impetró acción de tutela contra la ALCALDIA MUNICIPAL DE MANAURE GUAJIRA - ALCALDE DR JUAN JOSE ROBLES JULIO, la cual fue tramitada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Manaure, La Guajira, quien mediante proveído de fecha 27 de mayo del 2020 procedió a admitir el trámite tuitivo y en esa medida corrió el traslado de rigor del escrito de tutela a la entidad.

Mediante oficio de fecha de 1 junio del 2020 se procedió a dar respuesta a la acción de tutela, indicando que:

- El accionante no es claro con el Despacho, debido a que presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No 136 del 08 de mayo de 2020, manifestando claramente que cuenta con un recurso legal y que podía recurrir a la acción de Tutela cuando no tuviese otro recurso o medio judicial.

- La pavimentación en el Municipio de Manaure, resulta de interés secundario, en el sentido de que el Municipio es objeto de unas medidas cautelares por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia 302 de 2017, donde se declara el Estado de Cosas



Inconstitucional en nuestro Municipio, conminando a la Administración a que todos los recursos se prioricen para garantizar el goce de derechos a la alimentación, salud y agua potable de menores Wayúu.

SENTENCIA IMPUGNADA

Consideró el fallador que el accionante faltó a la lealtad procesal, puesto que no dio o conocer al Despacho que había presentado recurso de reposición, por lo que pudo haber hecho incurrir en error al Despacho, por lo que el accionante merece un reproche por su parte.

(...) el accionante pretende se revoque resolución No. 136 de 08 de mayo de 2020, puede recurrir a la vía administrativa y de lo contencioso administrativo e iniciar el procedo en esa jurisdicción, y de hecho ya lo inicio puesto que presentó reposición a lo prenombrada Resolución, y esperar la decisión que tome la administración Municipal de Manaure, y tome la decisión que a bien tenga, por otra parte el Despacho no avizora un perjuicio irremediable que se le esté causando o se le haya causado al accionante, con lo emisión de ese acto administrativo.

Confronta el Despacho que mediante escrito denominado Reiteración de las Solicitudes referentes al proceso LP-014-2019 con el objeto: "MEJORAMIENTO DEL PAVIMENTO EN CONCRETO RÍGIDO DE LA CALLE PRIMERA (1) DEL MUNICIPIO DE MANAURE, LA GUAJIRA, suscrito por el señor SOLANO SOLANO, sin fecha, el Despacho no pudo determinar si el referido escrito fue radicado en la alcaldía Municipal de Manaure, y establecer si la accionada se encuentra o se encontraba, violando algún derecho fundamental, puesto que el accionante, no aporó una prueba siquiera sumaria que la alcaldía municipal hubiera recibido el referido escrito.

IMPUGNACIÓN

(...) Tanto el tenor literal de la norma citada, como la Jurisprudencia abundante y evidentemente conocida y citada en la misma sentencia por el respetado Juez de primera instancia dan cuenta de que el recurso facultativo de reposición no es un medio de defensa judicial y por lo tanto no es obstáculo para la procedencia de la Acción de Tutela presentada. Llama la atención que en la sentencia a folio 11, el togado manifiesta que el hecho de que el accionante no informó sobre la interposición del recurso administrativo, "pudo haber hecho incurrir en error al Despacho", admitiendo al parecer así el togado que si no se hubiera interpuesto este recurso la decisión del togado hubiera sido diferente a la proferida en la sentencia, indiciando este hecho aún más la contrariedad de la decisión tomada por el Juez, a la normatividad aplicable al caso, la cual hemos citado anteriormente. Para cumulo es de indicar que el recurso de reposición en el trámite administrativo, al ser resuelto por el mismo funcionario que expidió el acto inicial no es idóneo para garantizar el cumplimiento de la garantía constitucional al debido proceso.



Igualmente yerra el respetado Juez de Primera Instancia, al manifestar a folio 11 que el accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta lo detalladamente descrito en el escrito tutelar especialmente en la sustentación de la medida cautelar teniendo en cuenta que al no procederse a la protección tutelar de derecho fundamental al debido proceso quedará en firme el acto administrativo de terminación y liquidación del contrato No. 293 de 2019, situación la cual conlleva a que los recursos contenidos en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal del caso, se procedan a utilizar por parte del ente territorial en otra contratación, lo cual de manera definitiva consolidaría el resultado de la actuación ilegal violatoria del derecho al debido proceso perpetuando en perjuicio grave tanto económico como moral para el accionante, al hacerse imposible la ejecución del contrato independientemente del sentido de las decisiones judiciales posteriores, lo cual frustraría el restablecimiento del derecho y haría nugatoria la sentencia. Por lo anterior consideramos que existe un perjuicio irremediable cierto e inminente que requiere de su inaplazable prevención mediante la actuación del Juez constitucional, lo cual omitió el togado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Bajo las anteriores premisas, corresponde a este despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se configura en el presente caso improcedencia de la acción de tutela presentada por el señor DECAR GABRIEL SOLANO SOLANO, actuando en su condición de representante legal de la CONSTRUCTORA SOLANO SOLANO S.A.S y del CONSORCIO CALLE PRIMERA? De ser así, corresponde a este Despacho determinar si:

¿Vulnera la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MANAURE-LA GUAJIRA en cabeza de su Alcalde, el derecho fundamental al debido proceso del CONSORCIO CALLE PRIMERA, quien actúa por medio del señor DECAR GABRIEL SOLANO SOLANO, al dar por terminado el contrato de obra pública No? 293 de 2019 y ordenar su liquidación, mediante la Resolución No. 136 del 8 de mayo de 2020, sin tener en cuenta las pruebas disponibles, tales como el acta de audiencia de adjudicación de la obra y lo actuado por la entidad en ella?

La subsidiariedad de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha señalado desde sus primeros pronunciamientos que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos¹; en este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción de tutela por regla general no es procedente. Lo anterior, sustentado en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución que señala que la acción de tutela *“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*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



irremediable". Dicho mandato fue reiterado en el desarrollo normativo de la acción de tutela en el numeral 1° del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, al establecer que la acción de tutela es improcedente cuando exista otro recurso o medio de defensa judicial para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

También ha advertido la Corte que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como competencia de otras jurisdicciones. Esto, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia. Pero precisando, además, que las decisiones de todas las autoridades, incluidas por supuesto las judiciales, deben someterse al ordenamiento jurídico (arts. 4° y 230 C.N.), marco dentro del cual los derechos fundamentales tienen un carácter primordial².

En lo que hace relación a la procedencia de la tutela contra actos de la administración, conviene precisar que en materia de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir dichos actos, toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte Constitucional, la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si el contenido de estos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

*"(i) la improcedencia de la tutela como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, se justifica en la existencia de otros mecanismos, tanto administrativos, como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, se ha señalado que cada acción constitucional conlleva la necesidad de confrontar las condiciones del caso, de manera que se defina el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el acaecimiento del perjuicio irremediable"*³.

En cuanto a la irremediabilidad del perjuicio como excepción a la improcedencia de la tutela en esa materia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que este concepto *"está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e*

² Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.



*impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho*⁴. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

*“En primer lugar, el perjuicio debe ser **inminente** o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser **grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse **medidas urgentes** para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser **impostergables**, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”*⁵

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia respecto al principio de subsidiariedad, existe una reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la improcedencia de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual. Es así que en la sentencia T-387 de 2009 sostuvo:

“(…) por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(…) en materia de contratación estatal, los anteriores presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela se aplican, cuando quiera que se susciten controversias relacionadas con actos administrativos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos estatales, “pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal”. De tal suerte que “La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2001, reiterada en las Sentencias T-634 de 2006, T-451 de 2010 y T- 318 de 2017.



Así las cosas, se tiene que cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos, señala la Corte, que se deben evaluar aspectos como:

“i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona.”⁶

En caso sub examine, el actor afirma que la ALCALDIA MUNICIPAL DE MANAURE-LA GUAJIRA vulneró el derecho fundamental al debido proceso del CONSORCIO CALLE PRIMERA, respecto de quien ejerce su representación legal, al proferir la Resolución No. 136 del 8 de mayo de 2020 mediante la cual dio por terminado el contrato de obra pública No. 293 del 23 diciembre de 2019 y ordenó su liquidación; decisión que adoptó, según el escrito de tutela, sin tener en cuenta las pruebas disponibles, tales como el acta de audiencia de adjudicación de la obra celebrada el día 20 de diciembre de 2019 y lo actuado en ella, a pesar de haberse solicitado reiteradamente tenerlos como prueba y fundamento de la decisión administrativa. Al efecto, pretende por vía de tutela se ordene al Alcalde Municipal de Manaure, que revoque la resolución en mención.

El juzgado de conocimiento declaró la improcedencia de la presente acción, al considerar que la tutela no es el mecanismo idóneo, puesto que de acuerdo a la línea jurisprudencial esta solo procede para obtener la protección del derecho fundamental cuando el titular no cuenta con un vía judicial de defensa o si la misma carece de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable; advirtiendo que a pesar de haber interpuesto recurso de reposición contra la Resolución No. 136 de 2020, mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2020, sin embargo el actor ejercita la acción constitucional el 26 de mayo del año en curso, por lo que considera que al encontrarse en trámite el agotamiento de la vía administrativa, no debió recurrir a esta acción residual que solo es viable ante la falta de un mecanismo específico de defensa a través del cual

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



pueda conseguir la protección de sus derechos o si el mismo carece de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, situación que a pesar de estar legitimado el accionante no demostró en este caso.

Atendiendo los argumentos expuestos por el juez a quo y los motivos de disenso del impugnante, advierte el Juzgado que el amparo no puede prosperar dado el incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad incorporado en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, por las siguientes razones:

En lo que hace relación a los efectos de la interposición del recurso de reposición contra el acto administrativo acusado de vulnerar el derecho al debido proceso del actor, advierte el Juzgado que el argumento en que de manera tangencial se fundó el juez de instancia no se ajusta al ordenamiento jurídico, en la medida que del agotamiento del recurso concluyó de manera errónea que el actor no debió ejercitar la presente acción de tutela, pues, de esta manera asimila el requisito de procedibilidad necesario para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa consagrado en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, a un medio ordinario de defensa judicial.

En efecto, precisa el Juzgado que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa después de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que ahora la denomina actuación administrativa, relativa a los recursos consagrados en la ley, esto es, los de reposición y apelación. Así, el numeral 2º del artículo 161 del CPACA condiciona la solicitud de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y por ende el restablecimiento del derecho del actor, al agotamiento de los recursos que de acuerdo con la Ley son obligatorios ante la misma administración que, conforme al artículo 74 ibidem, tales recursos son el de reposición y apelación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la finalidad de la vía gubernativa es entonces: *“...permitir la controversia de los actos contrarios al ordenamiento jurídico ante la misma administración, previamente a una posible acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera que se facilite a las personas la presentación de la solicitud de revisión, modificación o aclaratoria de los mismos y sobre la cual habrá de pronunciarse la administración.”*⁷

A su turno el Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela establece en su artículo 9º lo siguiente: *“No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.”*

Examinado el caso planteado bajo el precedente legal y jurisprudencial, se aprecia que resulta desacertado el juzgador primario cuando consideró que la interposición del recurso de reposición contra el acto administrativo cuestionado hace improcedente la tutela, toda vez que la finalidad del requisito previo de agotamiento de la vía gubernativa o interposición de recursos obligatorios que proceden contra el acto administrativo, consiste en poner en consideración de la autoridad administrativa que expidió el acto o ante el superior, con el fin de que aclare, modifique o revoque el acto administrativo, y

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.



constituye un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio; en tanto que los medios ordinarios de defensa al que hace referencia la primera causal de improcedencia de la tutela del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, son todos los mecanismos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos, cuyo acceso en algunos casos requiere el agotamiento de los recursos obligatorios, como sería para promover las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Corroborar lo anterior la disposición contenida en el artículo 9º del Decreto en mención, en el entendido que consagra el ejercicio la acción constitucional sin perjuicio de la interposición de los recursos administrativos, y ello permite inferir que el agotamiento de los mismos no constituye el medio de defensa judicial, pues, de lo contrario las normas en mención serían contradictorias.

En cuanto a la existencia de un mecanismo judicial de defensa, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *efectiva* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados⁸.

Analizadas las circunstancias que rodean el problema jurídico planteado, observa el Juzgado que, contrario a los argumentos esbozados por el impugnante, la presente acción de tutela no cumple con el requisito de la subsidiariedad, ante la existencia de un medio judicial de defensa; como quiera que el accionante cuenta con mecanismos legales idóneos para proteger el derecho supuestamente conculcado, como la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, así como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 *ibídem*, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales resultan idóneas para controvertir la legalidad del acto administrativo (Resolución No. 136 de 2020) mediante el cual el Alcalde del Municipio de Manaure-La Guajira decidió dar por terminado unilateralmente el contrato de obra No. 293 de 2019 por causa de una nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 y artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, teniendo en cuenta que los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajeno a la de los jueces de tutela⁹.

Concordante con lo anterior, la acción contencioso administrativo reviste eficacia en la medida que actor está en capacidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se ataca a través del medio de control propuesto (artículos 229 y 230 de la Ley 1437 de 2011), lo que constituye una garantía adicional para el

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-1341 de 2001 y T-387 de 2009.



sujeto procesal interesado. Adicionalmente, estos mecanismos de defensa judicial cumplen con las condiciones fijadas por la Corte en la sentencia SU-712 de 2013, reiterada en la sentencia SU-355 de 2015 invocada por el impugnante, en la medida que constituye un medio suficientemente expedito para controlar la legalidad y constitucionalidad del acto administrativo acusado.

En cuanto a la alegada suspensión de términos que según el impugnante hace ineficaz la acción contencioso administrativa, ciertamente el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556; sin embargo, por Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 adoptó medidas para el levantamiento de los términos judiciales a partir del 1º de julio del año en curso. De esta manera, el interesado no se encuentra en imposibilidad de acudir al juez natural en orden ejercitar las acciones y solicitar el decreto de medidas cautelares, pudiendo utilizar los medios tecnológicos para tal efecto como lo autoriza el artículo 21 del mencionado Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020. Lo anterior, teniendo en cuenta que a la fecha en que se promovió la presente acción de tutela, 26 de mayo de 2020, el ejercicio de estas acciones no estaba incluidas dentro de los asuntos dentro de los cuales no operaba la suspensión de términos, sin embargo para esa época el interesado tampoco había agotado el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, menos aún se encontraba vencido el término de caducidad de las mencionadas acciones de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 136 de la misma obra.

Luego, de haber determinado la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, resulta imperioso abordar lo relativo al perjuicio irremediable, que se produce cuando concurren varios elementos que configuran su estructura, a saber, la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad; y para determinar la ocurrencia del mismo, es necesario verificar la situación de hecho en que se encuentra la parte accionante, a fin de establecer la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para garantizar la protección del derecho fundamental invocado en este caso.

En el caso objeto de estudio, y con respecto a la violación del derecho fundamental al debido proceso, la parte accionante sostiene, en su escrito de impugnación, que de no conceder el amparo del debido proceso, entonces quedaría en firme el acto administrativo que dio por terminado el contrato de obra No. 293 de 2019, lo que trae como consecuencia que los recursos contenidos en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal del caso, sean utilizados por el ente territorial accionado en otra contratación, *“lo cual de manera definitiva consolidaría el resultado de la actuación ilegal violatoria del derecho al debido proceso perpetuando en perjuicio grave tanto económico como moral para el accionante, al hacerse imposible la ejecución del contrato independientemente del sentido de las decisiones judiciales posteriores, lo cual frustraría el restablecimiento del derecho y haría nugatoria la sentencia. Por lo anterior*



consideramos que existe un perjuicio irremediable cierto e inminente que requiere de su inaplazable prevención (..)”.

Conforme al anterior parámetro, verifica el Juzgado que, contrario a lo manifestado por la parte accionante, en este caso no se configuran los elementos del perjuicio irremediable. En ese sentido, i) la amenaza no está próxima a suceder y por tanto no es inminente, toda vez que no hay evidencias fácticas de su presencia real en corto tiempo que justifique la acción de tutela, ya que la supuesta utilización de los recursos presupuestales del caso en otra contratación por parte de la Alcaldía accionada, es una mera conjetura; ii) tampoco es urgente, ni impostergable la intervención del juez constitucional, toda vez que ni se advierte que el posible daño temido está muy próximo a suceder, ni se observa que se esté obstaculizando el ejercicio de derecho de defensa mediante actuaciones arbitrarias, por cuanto la Administración procuró la notificación del acto administrativo a la parte accionante y se encuentra tramitando el recurso interpuesto; iii) en cuanto a la gravedad, la jurisprudencia tiene dicho que *“debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente”*¹⁰; y en este caso los argumentos expuesto por la parte demandante al solicitar las medidas provisionales no prueban suficientemente la existencia de dicho perjuicio, porque la naturaleza del daño invocado por el Representante del Consorcio supuestamente es económica y moral, pero sin acreditarse en debida forma ninguno de dichos perjuicios, pues solo se tiene su dicho al respecto; perspectiva desde la cual, contrario a sus argumentos, los perjuicios derivados de la liquidación del contrato están condicionados por la decisión final que adopte la jurisdicción contencioso administrativa, y; iv) no puede decirse que la acción de tutela sea impostergable, porque ante la falta de prueba del riesgo inminente la acción contractual resulta oportuna para conjurar el supuesto perjuicio, teniendo en cuenta que el accionante puede solicitar como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo.

Amen de lo anterior, ha de indicarse que no se observa una violación flagrante del debido proceso administrativo del ente accionante, que justifique como fue solicitado la adopción de una medida provisional o la concesión de la presente tutela para el efecto, habida cuenta que en el acto administrativo que dispuso la terminación del contrato se hizo expresa referencia a los argumentos defensivos del contratante, concretamente se indicó que *“(...) El comité evaluador del proceso LP-014-2019, a inquietud de un proponente procedió a incluir el contrato omitido en el cálculo de capacidad residual del adjudicatario, manifestando al ingresar los datos requeridos en la aplicación prevista por Colombia Compra Eficiente inclusive del contrato anteriormente omitido, que esta aplicación arrojó como resultado que el proponente CONSORCIO CALLE PRIMERA, SI CUMPLIA con la capacidad residual requerida y por lo tanto cumplió con todos y cada uno de los requisitos habilitantes previstos por el pliego de condiciones del proceso. (...) Que los otros tres argumentos de contradicción manifestados por el contratista, comparten un común denominador, relativo a la inexistencia de causal de nulidad que vicie el contrato No. 293 de 2019, soportado en el cálculo de capacidad residual del contratista que hiciera el comité*

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



evaluador del proceso LP-014-2019, según el cual el CONSORCIO CALLE PRIMERA acredita la capacidad residual mínima exigida, lo cual descartaría el Incumplimiento de un requisito habilitante del pliego de condiciones por parte del adjudicatario, y por el mismo camino la violación de la prohibición contenida en el artículo 24 numeral 8 de la ley 80 de 1993, así como la tipificación de la hipótesis prevista en el numeral segundo del artículo 44 de la misma ley.”

“(…) Que estando objetivamente demostrado a través de la fórmula aritmética establecida por la ley para el cálculo de la capacidad residual de contratación, que el contrato de obra pública No. 293 del 23/12/2019, se celebró eludiendo el debido cumplimiento de este requisito obligatorio para la suscripción de un contrato de este tipo, por causa del ocultamiento que en principio hizo el contratista de información referente al factor de saldos de contratos en ejecución (SCE), necesario para calcular el K de contratación, aunado a la verificación irregular y omisiva que sobre el correcto cumplimiento de este requisito habilitante hiciera el comité evaluador, no queda ningún espacio para ejercicios hermenéuticos, retóricos, argumentativos o similares, habida cuenta que se trata del resultado de una operación matemática que por naturaleza es exacto, para cuya realización se contó con información cierta desprovista de cualquier manto de duda frente a su veracidad, de lo cual se colige sin lugar a duda alguna, que el contrato No. 293 de 2019, padece de un vicio insaneable en su formación, que de conformidad con el régimen legal aplicable acarrea su nulidad, por faltarte uno de los requisitos que la ley prescribe para su valor.”; asunto diferente es que los mismos no hayan sido acogidos por la entidad accionada, pues como puede verse indican que hubo una verificación irregular y omisiva sobre el correcto cumplimiento del requisito habilitante por parte del comité evaluador, lo que descarta de una vez el contenido del acta de audiencia de adjudicación del proceso de licitación pública No. 14 de 2019, de donde se desprende que el tema que nos ocupa es una clara controversia de carácter contractual (la forma legal y adecuada en que se debe verificar el requisito habilitante) la cual escapa a la competencia del juez constitucional.

Establecida entonces la existencia de otro medio de defensa judicial que convierte en improcedente la tutela, no se está frente a un perjuicio irremediable que permitiera concederla eventualmente como mecanismo transitorio, como tampoco se avista violación flagrante del debido proceso administrativo, ello amerita confirmar la declaratoria de improcedencia de la presente acción de tutela, pero por razones diferentes a las tenidas en cuenta por el juez de primera instancia en el fallo de tutela impugnado.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado de fecha cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Manaure-La Guajira, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Por el medio más expedito notifíquese a los interesados de esta acción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



TERCERO: Remitir el expediente en su oportunidad, a la Corte Constitucional, para una eventual revisión del fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YEIDY ELIANA BUSTAMANTE MESA
Jueza