



REFERENCIA

ACCIÓN: Tutela
ACCIONANTE: Alexander de Jesús García Ríos.
ACCIONADOS: Municipio de Puracé ©, Víctor Raúl Bonilla Vásquez, alcalde.
RADICACIÓN: **19-585-4089-001-2023-00011-00**

Coconuco, Puracé (Cauca), marzo dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA, impetrada por ALEXANDER DE JESUS GARCIA RIOS, por intermedio de apoderado judicial Dr. Dagoberto Giraldo Orozco y en contra del MUNICIPIO DE PURACÉ (CAUCA), Víctor Raúl Bonilla Vásquez, en calidad de Alcalde, por considerar vulnerados sus derechos al DEBIDO PROCESO, TRABAJO e IGUALDAD, consagrados en la Constitución Política de Colombia, arts. 29, 25 y 13.

INFORMACIÓN PRELIMINAR

El 2 de marzo de 2023, a las 11:05 p.m., se recibió en el correo electrónico de este Despacho Judicial, la tutela remitida por competencia por la Oficina Judicial de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, que contiene la solicitud infrascrita por el apoderado de GARCÍA RÍOS, instaurando TUTELA para la protección por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, TRABAJO e IGUALDAD; adjuntando los correspondientes soportes, acción sustentada en los hechos que a continuación se relatan:

Se expone en el escrito fundante que:

- 1.- La Alcaldía de Puracé por medio de la plataforma SECOP I, el 8 de octubre de 2022, publicó matriz de riesgo, avisos, estudios y proyecto del proceso de menor cuantía SAMC 005 de 2022, los documentos de estudios previos, proyecto de pliego de condiciones y avisos conforme a las reglas contractuales reguladas por la Ley 80 de 1993, y por medio de la modalidad de licitación pública por valor de \$150.000.000, para ejecutar proyecto de CONSTRUCCION GALERIA DEL CORREGIMIENTO DE PALETARA SEGUNDA ETAPA, MUNICIPIO DE PURACE, DEPARTAMENTO DEL CAUCA, obligándose en el proyecto a presentar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura entre otras estipuladas en el pliego de condiciones.
- 2.- El 25 de octubre de 2022, se publicó la resolución de apertura del proceso, las observaciones del proyecto de pliego de condiciones y la respuesta a las observaciones del proyecto de pliego de condiciones en el portal SECOP I, con esta misma resolución se publicó el pliego definitivo.
- 3.- Para la fecha de cierre del proceso de menor cuantía, por tratarse de una selección abreviada se publicó que recibió dos (2) manifestaciones de interés.
- 4.- En el cronograma del proceso de selección se estableció como fecha de cierre del proceso / apertura de propuestas hasta el 28 de octubre de 2022, hora 3 pm, estipulándose como fecha para la publicación del informe de evaluación el 3 de noviembre de 2022. Esa fecha se cambió por la entidad para el 4 de noviembre de 2022, mediante adenda.
- 5.- El 4 de noviembre de 2022, la entidad publicó el informe de evaluación, evidenciándose que las dos propuestas cumplen con lo solicitado en el pliego de condiciones en cuanto a la experiencia general y específica, los dos proponentes cumplen con los requisitos habilitantes.



La entidad no tuvo en cuenta publicar en el informe de evaluación lo concerniente al equipo de trabajo en donde se cumplen dos roles en un proceso de licitación, el primero habilitar la propuesta y segundo dar puntaje a dicha propuesta, omitiendo su publicación, vulnerando el debido proceso y conducto regular por lo que se quebrantó el principio de publicidad y transparencia por lo cual no hubo una divulgación pública de información referente a la calificación o puntaje correspondiente a cada propuesta.

6.- El 7 de noviembre de 2022, el accionante solicita a la Alcaldía la aclaración del proceso de evaluación, en relación con los requisitos que otorgan el puntaje y por que no se publicó (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.2.1.2.20, # 4).

La entidad respondió que, una vez vencido el traslado para las observaciones a la evaluación de los requisitos habilitantes publicada durante 3 días, se publicará en el transcurso del día y conforme al cronograma del proceso, el listado de los habilitados asignándoles el puntaje obtenido.

7.- El 8 de noviembre de 2022, la entidad pública adenda estableciendo nueva fecha para dar respuesta a las observaciones al informe de evaluación; la entidad publicó la observación y respuesta el 9 de noviembre de 2022, a las 8:51 a.m., en la observación se le solicitó a la entidad municipal la razón de porqué, no se publicó el informe completo de acuerdo con lo referido en el hecho 6º.

8.- Como la entidad oferente no publicó los requisitos habilitantes que otorgan puntaje, el proponente CONSORCIO OBRAS PURACE 2022, realizó observaciones respecto de los documentos presentados por el proponente WILLIAM MARINO NAVIA NAVIA, con el fin que no se tenga en cuenta certificaciones presentadas para el equipo de trabajo por presentar inconsistencias. Este documento fue publicado el 9 de noviembre de 2022, en el portal SECOP I.

9.- De manera extemporánea el proponente William Marino Navia N., presentó observaciones en relación con la experiencia específica del Consorcio Obras Puracé 2022, por no cumplir algunos items solicitados en el pliego de condiciones, documento que fue publicado en el SECOP I, el 9 de noviembre de 2022.

La entidad pública dio respuesta a las observaciones el 9 de noviembre de 2022, a las 6:28 p.m., en donde se puede advertir el favorecimiento al proponente Navia Navia por cuanto su observación deshabilita la propuesta del Consorcio Obras Puracé 2022.

El 9 de noviembre de 2022, a las 6:46 p.m., se publicó el informe de proponentes habilitados evidenciándose que para el comité evaluador el proponente Consorcio Obras Puracé 2022, no cumple con los requisitos habilitantes (experiencia específica), allí se verifica el posible favorecimiento al otro proponente por cuanto el proponente Navia Navia realizó la observación de manera extemporánea.

10.- El 11 de noviembre de 2022, la entidad pública suspende el proceso, porque el Consorcio Obras Puracé 2022, expone razones técnicas para que su propuesta sea habilitada, insiste en la revisión de la documentación que integran la propuesta de otro proponente; el Comité evaluador requiere término prudencial para estudiar los argumentos presentados por el observante.

11.- El 24 de noviembre de 2022, se publicó en la página del SECOP I, la respuesta a las observaciones a la que se adjunta el pantallazo de la observación presentada por el Consorcio el 7 de noviembre de 2022 y la del otro proponente sin fecha de presentación por cuanto fue extemporánea.

12.- El 7 de diciembre de 2022, el accionante envía derecho de petición a las Procuraduría General de la Nación, Personería de Puracé, Contraloría General de la



Nación, Fiscalía General de la Nación, Copnia, Consejo Superior de la Judicatura y Junta Central de Contadores; adjunta prueba de ello.

13.- El 26 de diciembre de 2022, la Personería Municipal allega respuesta a la solicitud presentada el 7 de diciembre de 2022, manifestando que revisado el contrato 901 de 20214, aportado por el Consorcio Obras Puracé 2022, con el que se pretende demostrar el cumplimiento de la experiencia específica exigida en el pliego de condiciones el mismo no cumple con los ítems “*caballete teja trapezoidal y muro en ladrillo farol*”, por ello se corregirá la evaluación publicada declarando no hábil al proponente CONSORCIO OBRAS PURACÉ 2022.

En relación con este punto precisa que le preocupa que la parte técnica que asesora al Comité evaluador no tenga la capacidad para resolver dicha controversia por cuanto las calidades ofrecidas por el Consorcio son de mejor calidad que las solicitadas en el pliego, garantizando de manera técnica la calidad y éxito del proyecto, dando a conocer las condiciones técnicas por las cuales técnicamente se cumple con lo solicitado y con un área superior a la que se construirá en dicho proceso, mejorando el mismo en beneficio de la entidad y la comunidad directamente beneficiada.

14.- Según la respuesta del 26 de diciembre de 2022, la entidad municipal manifestó que no era posible continuar con el proceso de adjudicación por lo cual se posterga para el año 2023, porque la disponibilidad presupuestal que ampara el contrato vencía el 31 de diciembre de 2022. Por dichos motivos y con posterioridad, se logró que mediante acuerdo 8 de 29 de noviembre de 2022, el Concejo Municipal autorizara vigencias futuras para respaldar dicha obligación.

15.- Teniendo en cuenta lo anterior *la entidad municipal por medio de la respuesta dada informa que revoca el proceso de adjudicación sin expedir acto administrativo que contenga la decisión, además el acuerdo 8 del Concejo Municipal sobre vigencias futuras no le fue notificado al accionante. Con el actuar omisivo se vulneran los principios de contratación estatal como publicidad, debido proceso, derecho al trabajo cuando está demostrado que el accionante ha cumplido con todos los requisitos legales para optar para la ejecución a cabalidad de dicho contrato estatal.*

Como pretensión manifiesta que solicita: “1- *Que se ordene al alcalde municipal de Puracé o quien haga sus veces expedir copia de la evaluación habilitantes del 4 de noviembre de 2022, donde se evidencie que para el comité evaluador las dos propuestas cumplen con lo requerido en el pliego de condiciones en cuanto a la experiencia general y experiencia específica. (punto 8 de la petición con fecha 7 de diciembre de 2022. 2- Que se expida copia por parte de quien corresponda, donde conste el puntaje y fundamento obtenido por cada uno de los proponentes. 3- En consecuencia, con base en el art. 29 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la propuesta mas favorable presentada a la entidad a todas luces fue la presentada por el actor siendo mas acordes con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones del proceso de adjudicación del proceso de MENOR CUANTIA SAMC 005 de 2022, dicha licitación sea adjudicada a este. 4- De manera subsidiaria, que se dejen sin efectos los actos administrativos de revocatoria del proceso y los demás que tiendan a nulitar la licitación emitidos por el Municipio de Puracé representado por el señor Alcalde municipal en el proceso de LICITACION PUBLICA MENOR CUANTIA No. 005 DE 2022 que cursa por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000.000), en consecuencia, que el Juez de tutela ordene se reanude el proceso y siga el curso con su debido conducto regular respetando las garantías, normatividad y principios de contratación estatal.”*

El escrito de tutela continúa con la solicitud de medida provisional que fue objeto de decisión en la admisión de la presente acción y los fundamentos de derecho que son base de la petición (Ley 80 de 1993, Sentencia T-147/96, T-272/12, T-997/07 y T-076/11 y anexa como pruebas las relacionadas en el acápite correspondiente.

ACTUACIONES PREVIAS



El día **2 de marzo de 2023, a las 11:05 a.m.**, este Despacho, recibió vía correo electrónico, procedente de la Oficina Judicial de la Desaj – Cauca, la demanda de tutela, remitida por competencia territorial y mediante **auto interlocutorio # 055 del 2 de marzo de 2023, fue admitida ordenando notificar dicha decisión** a la accionada ADMINISTRACION MUNICIPAL DE PURACE (Cauca), Víctor Raúl Bonilla Vásquez en calidad de Alcalde, al correo electrónico suministrado por el accionante, además de correrle traslado de la demanda y su anexo por el término de dos (2) días, para garantizar el derecho a la defensa, lo cual se cumplió a través del oficio 141 de marzo 2 de 2023.

De igual manera le fue notificada la admisión de la acción al accionante mediante Oficio 140 del 2 de marzo de 2023, al correo electrónico por él suministrado.

El día 6 de marzo de 2023, mediante comunicación, el accionante dio cumplimiento al juramento de no haber presentado otra acción de tutela ante otro juez constitucional.

DERECHO DE CONTRADICCIÓN

El Dr. Víctor Raúl Bonilla, Alcalde Municipal de Puracé (Cauca), por intermedio de apoderado, Dr. Andrés Felipe Castro López, dio contestación a la acción de tutela, mediante escrito sin fecha, recibido en el correo institucional el día 7 de marzo de 2023, manifestado en el mismo que:

Al hecho primero: que es cierto en relación con la publicación de los documentos, pero aclara que la modalidad de selección no es la licitación pública sino la selección abreviada de menor cuantía.

A los hechos segundo, tercero y cuarto: son ciertos.

Al hecho quinto: que no es cierta respecto de la violación del debido proceso por cuanto la entidad dentro de los términos establecidos en el cronograma del proceso, realizó las siguientes actuaciones:

- 1.- El 4 de noviembre de 2022, se publicó el informe de requisitos habilitantes, estableciéndose un plazo de 3 días hábiles para que los participantes realicen observaciones, así lo establece el cronograma del proceso. (adjunta foto del cronograma).
- 2.- *“Conforme al cronograma del proceso y al procedimiento establecido en el pliego, el cual no fue objeto de observación alguna dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones por parte de los interesados, se tenía previsto inicialmente la apertura del sobre número 2, el cual contiene la oferta económica que también es objeto de puntaje, para el 10 de noviembre de 2022 a partir de las 2:30 pm. En dicha audiencia se otorgaría la totalidad del puntaje (incluyendo la puntuación de la propuesta económica), a las propuestas que resultaran habilitadas. Se aclara que a raíz de las modificaciones realizadas al cronograma mediante adendas y a la suspensión del proceso esta actuación no se surtió, quedando pendiente.”*

Al hecho sexto: es cierto.

Al hecho séptimo: es cierto, aclarando que se dio respuesta de fondo a las observaciones presentadas por el observante, tal como se puede verificar en dicho documento publicado en el SECOP I.

Al hecho octavo: No es como lo pretende hacer creer el apoderado demandante, los oferentes del proceso incluyendo el accionante, accedieron desde el momento de la entrega de los sobres a todos los documentos insertos en las propuestas, prueba de ello son las observaciones y señalamientos precisos a cada documento de su interés. Sobre estas observaciones, el equipo evaluador contestó de manera clara, oportuna y suficiente a los cuestionamientos realizados.



Al hecho noveno: *“Sobre la fecha y hora de las publicaciones es cierto, mas no lo es sobre las observaciones que argumenta son extemporáneas, existe obligación por parte de la entidad y el comité evaluador de dar respuesta de fondo a todas las observaciones allegadas al proceso hasta la audiencia efectiva de adjudicación del contrato, tal como se hiciera a las planteadas en el transcurso del proceso al hoy accionante. De otro lado, se resalta que no existe favorecimiento al Señor Navia Navia, dicha afirmación carece de sustento probatorio, lo mismo podría entonces concluirse de la propuesta del consorcio representado por el hoy accionante, cuando a pesar de no cumplir con la experiencia exigida dentro del proceso, es habilitado con posterioridad por parte del comité evaluador para que siga adelante con las demás etapas del proceso.”*

Al hecho décimo: Es cierto.

Al hecho décimo primero: Explicado en el hecho noveno, existe la obligación de la entidad y del comité evaluador de dar respuesta de fondo a todas las observaciones allegadas al proceso hasta la audiencia efectiva de adjudicación del contrato.

Al hecho décimo segundo: Es cierto de conformidad con la tutela e información enviada por el accionante a la entidad.

Al hecho décimo tercero: Es parcialmente cierto, en el escrito de respuesta enviado a la Personera del Municipio se describieron detalladamente y en forma cronológica los hechos y actuaciones surtidas dentro del proceso, no obstante, omite el apoderado del accionante la respuesta que se diera sobre las observaciones técnicas presentadas tendientes a habilitar su propuesta, pues en el numeral 4 del documento publicado en el SECOP I, el 24 de noviembre de 2022, se le informó:

“2. Ahora bien, revisados sus argumentos, exposiciones y explicaciones de tipo técnico, tendientes a demostrar el cumplimiento de la experiencia específica solicitada en el pliego de condiciones con el contrato 901 de 2014 celebrado entre el Departamento del Cauca para la remodelación y ampliación de la plaza de mercado de Belalcázar Municipio de Páez, departamento del Cauca y ejecutado dentro del consorcio por el integrante Fabián Andrés Hidalgo, este comité determina el cumplimiento del requisito por parte del Consorcio obras Puracé 2022.”

Al hecho décimo cuarto: Es cierto.

Al hecho décimo quinto: *“Como se informó y es de conocimiento del accionante, el acuerdo que autorizó las vigencias futuras donde se incluyeron los recursos para respaldar el contrato fue expedido con posterioridad a la información que se le diera al mismo sobre la revocatoria del proceso. No se enciende porque enfatiza sobre la obligación de notificarle dicho acuerdo, y más aún cuando no es el contratista seleccionado por la entidad. Durante todo el proceso da por hecho que el consorcio que representa debe ser el contratista seleccionado, olvidando que aún falta por surtirse la audiencia de apertura del sobre dos el cual contiene la propuesta económica la cual otorgará puntaje para las dos propuestas habilitadas. Ahora, sobre los derechos que presuntamente se le han vulnerado, no puede omitirse que el mismo alegato podría argumentar el otro proponente partícipe del proceso de contratación en el remoto caso de que el fallo del presente trámite prospere a favor del señor Ríos.”*

Como colofón del escrito se opone a las solicitudes impetradas, la acción de tutela no es el mecanismo para debatir actos precontractuales, ni mucho menos para que el Juez de Tutela imparta el tipo de órdenes que el apoderado pretende y refiere aparte de la sentencia SU-713 de 2006 de la Corte Constitucional.

Manifiesta que existen otros mecanismos de defensa judicial idóneos para controvertir las decisiones de la entidad dentro del proceso contractual como la acción de nulidad y



restablecimiento del derecho y la acción de controversias contractuales consagradas en los artículos 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011, medios de control que fueron consagrados por el Legislador para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos constitucionales.

Con relación al perjuicio irremediable manifiesta el porqué se alega si ambos proponentes, incluyéndolo, estarían habilitados, si el señor Alcalde, quien es el único competente para declarar desierto el proceso no lo hizo y le informó a la señora Personera que se logró la autorización del recurso que ampararía el contrato producto del proceso de selección como vigencia futura.

Sobre los derechos presuntamente vulnerados manifiesta que no se ha violado los derechos alegados por cuanto todas las actuaciones, procedimientos, observaciones y sus respuestas, se atemperan al estatuto de contratación y al pliego de condiciones del proceso; solicitando se desestimen las pretensiones al no encontrarse probada la vulneración alegada y por la no procedencia de la acción de tutela por ser este un mecanismo excepcional, residual y subsidiario.

Informa que una vez se realice el cierre fiscal del año 2022, que hace posible la expedición de disponibilidad presupuestal, se seguirá adelante con las etapas pendientes por surtirse dentro del proceso, que incluyen la publicación de una evaluación definitiva, el puntaje a las propuestas, la audiencia de apertura del sobre número dos, su puntuación y la adjudicación del contrato al proponente seleccionado.

Como pruebas envía el link del proceso de contratación donde se pueden descargar los documentos e información requerida.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y ejercicio e la acción de tutela.

El Artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante procedimientos preferentes y sumarios, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

De acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991, artículo 37, la competencia para adelantar el trámite de la presente acción la tiene este Despacho, por ser esta Jurisdicción, el lugar donde ha ocurrido la presunta violación o amenaza que motiva la presentación de la misma.

Corresponde en el presente caso determinar si el señor Víctor Raúl Bonilla Vásquez, Alcalde de Puracé (Cauca), vulneró los derechos de debido proceso, trabajo e igualdad del accionante Alexander de Jesús García Ríos, dentro del procedimiento de contratación adelantado para LA CONSTRUCCIÓN GALERIA DEL CORREGIMIENTO DE PALETARA SEGUNDA ETAPA, MUNICIPIO DE PURACÉ, DEPARTAMENTO DEL CAUCA (SAMC 005 de 2022).

Tema obligado para el Juzgador al analizar la acción de tutela puesta a su consideración, en primer término, determinar si ésta resulta procedente. Los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, son las normas que claramente establecen la viabilidad de la acción de tutela, según los cuales aquella sólo procederá cuando el afectado NO disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por eso la Corte



Constitucional ha destacado en reiteradas veces el carácter RESIDUAL Y SUBSIDIARIO de la acción de tutela.

2.- Problema jurídico.

Conforme a los hechos que fueron expuestos en precedencia se debe determinar si la acción de tutela es procedente para resolver la controversia contractual planteada y de serlo se procederá a estudiar si la Alcaldía Municipal de Puracé, dentro del procedimiento seguido hasta la actualidad, ha vulnerado los derechos al debido proceso, el trabajo y el de igualdad.

Para afrontar el estudio daremos un vistazo a la jurisprudencia relacionada con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y la improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales, partiendo de la base que los Consorcios tienen capacidad jurídica para celebrar contratos con las entidades comerciales de conformidad con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, cuestión que no es objeto de debate.

3.- Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

La acción de tutela es de carácter subsidiario y puede ser utilizada: a) cuando no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, estas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho que se trate, o c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En reiteración de jurisprudencia la Corte en la Sentencia T-150 de 2016, expone:

“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado en innumerables pronunciamientos, que aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ha manifestado así mismo la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.

Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

Sobre el punto, ha dicho la Corte:

“[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos



constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”¹ (Subraya fuera del texto original).

Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”², razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera, está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto.

En cuanto a la primera excepción, es decir, la relativa a evitar un perjuicio irremediable, parte de la consideración de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus derechos fundamentales, mientras el juez natural resuelve el caso.

Al respecto, la jurisprudencia “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”³

Siguiendo estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud

¹ T-451 de 2010.

² T-608 de 2008.

³ T-494 de 2010.



que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

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”.⁴

Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho la Corte:

“No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.⁵

En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho la Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”.⁶ Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.

En síntesis, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el actor debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de este elemento.”

4.- La Improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales.

Igualmente, en reiteración de jurisprudencia la Corte en la misma Sentencia T-150 de 2016, expone:

⁴ T-451 de 2010.

⁵ T-590 de 2013.

⁶ T-003 de 1992.



“De acuerdo con los lineamientos trazados respecto al principio de subsidiariedad, existe una reiterada jurisprudencia de esta Corporación en torno a la improcedencia de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual. Tal postura puede remontarse a la sentencia T-594 de 1992⁷ en la que se sostuvo:

“El hecho de que la Constitución permee las normas inferiores del ordenamiento jurídico, entre ellas los contratos, a través de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no implica que dentro de todo contrato esté inmersa una discusión de rango iusfundamental que deba ser conocida por el juez de tutela. Para el conocimiento de controversias de tipo contractual se debe acudir al juez ordinario quien, por supuesto, debe iluminar su labor en la materia en la cual es especializado con la norma constitucional. (...)

Considera la Corte que acudir a la tutela para solucionar controversias ajenas a los derechos fundamentales configura una tergiversación de la naturaleza de la acción que puede llegar a deslegitimarla para perjuicio de aquellas personas que verdaderamente necesitan de protección a través de este mecanismo”.

Tal precedente se refiere, según la providencia en cita, a:

“(...) las controversias contractuales que carecen de inmediata relevancia iusfundamental, es decir, aquellas en las cuales no están implicados derechos fundamentales, por el contrario, cuando en el marco de un disputa de carácter contractual están en juego garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no se puede excluir prima facie la procedencia de la acción de tutela, pues en este caso corresponderá al juez constitucional apreciar la naturaleza de la amenaza o vulneración de los derechos y decidir si existen o no medio ordinarios de defensa judicial que tengan la eficacia del mecanismo constitucional, o si existe un inminente perjuicio irremediable”.

En la parte resolutive de esta sentencia, la Corporación declaró improcedente el amparo solicitado, argumentando que la tutela no procede cuando se intenta contra actos de particulares o del Estado, respecto de los cuales ya existen acciones y procesos definidos en la ley, como lo son las acciones de controversias contractuales.

Esta tesis también tiene antecedente temprano en la sentencia T-189 de 1993⁸. En ésta oportunidad, la Corte Constitucional respecto a la improcedencia de la acción de tutela para resolver asuntos contractuales, señaló que en principio, el reconocimiento y protección de derechos cuya fuente no provenga de la Constitución sino de la ley o de un contrato, no son materia de la jurisdicción constitucional sino de la legal, salvo que el no reconocimiento de la garantía de rango legal y/o contractual vulnere o amenace un derecho de carácter fundamental, situación en la que habilita la intervención del juez de tutela así sea de manera transitoria. Expresamente se manifestó en dicho fallo que:

“En principio, el reconocimiento de derechos cuya fuente primaria no provenga de su reconocimiento constitucional sino de la ley o del contrato, es materia de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Excepcionalmente, el no reconocimiento oportuno de un derecho de rango legal puede vulnerar o amenazar un derecho fundamental, lo cual habilita al afectado para solicitar su protección inmediata, así sea transitoriamente.

El criterio diferenciador para saber cuándo un derecho legal es tutelable remite a la estructura misma del derecho y a la existencia de conexidad directa e inmediata entre su no reconocimiento y la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

En cuanto a su estructura, existen derechos consagrados en la ley que son desarrollo de derechos constitucionales y cuyo no reconocimiento oportuno puede implicar la vulneración de estos últimos. Es, por ejemplo, el caso de la no prestación del servicio de salud en circunstancias de necesidad manifiesta que deviene en vulneración o amenaza del derecho a la vida. Otros derechos legales dependen para su reconocimiento de la resolución de

⁷ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



cuestiones litigiosas, como sucede en materia contractual, en donde se debate la existencia de obligaciones derivadas de una relación jurídica de carácter privado, situación en principio ajena a la materia constitucional al disponer el afectado de los medios ordinarios de defensa judicial. Además, no basta aseverar el desconocimiento de un derecho legal para concluir la procedencia de la acción de tutela. En suma, es necesario que se demuestre una conexidad directa e inmediata entre el no reconocimiento del derecho legal y la consiguiente vulneración de derechos fundamentales”.

Posteriormente, en sentencia T-231 de 1996⁹, este Tribunal, al revisar una controversia sobre un contrato de suministro celebrado entre la sociedad Provisiones e Inversiones Ltda. y la empresa industrial y comercial del Estado Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A., en el que se presentaron conflictos entre las partes alrededor de: i) la calidad y la cantidad del carbón proporcionado, ii) el nombramiento y las atribuciones del interventor del contrato, iii) la selección de un laboratorio que rindiera un peritaje sobre el mismo carbón, y iv) la imposición de descuentos y multas por parte del contratante al contratista, manifestó, en cuanto al tema de si la acción de tutela resulta procedente para resolver las discrepancias en materia contractual, que:

“(…) las controversias originadas directamente de las relaciones contractuales deben ser dirimidas por la justicia ordinaria y, en su caso, por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(…)

Empero, el hecho de que los valores que conforman la Constitución imperen también sobre la actividad contractual, no significa que los conflictos sobre esa materia adquieran automáticamente rango constitucional y puedan ser objeto de la acción de tutela. Ello supondría desconocer la existencia de otras jurisdicciones, sobrepasar los límites de la acción de tutela y sobrecargar, hasta el momento de la inercia, al juez constitucional.

Así, pues, el principio general es el de que la acción de tutela no procede para la resolución de los conflictos derivados de la actividad contractual. Para que el recurso de tutela en relación con contratos administrativos sea aceptable es necesario que los demás medios judiciales se revelen como insuficientes o inidóneos”.

(…)

Dentro de este contexto, la Corporación en la sentencia T-1341 de 2001¹⁰ sostuvo:

“Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, 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. 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. 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.

(…)

A través de la sentencia T-241 de 2013¹¹, La Corte Constitucional indicó:

“(…) acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los

⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios.

(...) todo el ordenamiento jurídico se orienta a la protección y garantía de los derechos fundamentales. Por tanto, no debe perderse de vista que la acción de tutela es un recurso excepcional al que solo es procedente acudir en los casos en los que no se cuenta con otro mecanismo de defensa; cuando el medio existente carece de idoneidad y eficacia, o cuando en todo caso debe acudirse a la tutela para impedir la configuración de un perjuicio irremediable”.

En síntesis, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Carta y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, ha entendido esta Corporación¹², que cuando existen instrumentos realmente idóneos para la protección de los derechos, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige¹³.

Contrario sensu, es posible que, en virtud de circunstancias especiales, el otro medio de defensa no se proyecte con la suficiente aptitud para salvaguardar los derechos de su titular, caso en el cual la tutela se erige como el instrumento de acción judicial¹⁴. Lo mismo ocurrirá ante la inminencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.

Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la competencia dada 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. (subrayas fuera de texto).

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 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. (subrayas fuera del texto)

¹² Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-968 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-875 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-037 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹³ Ver entre otras las Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-500 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-135 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1062 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-482 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y T-418 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Sentencias T-127 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-672 de 98, M.P. Hernando Herrera Vergara.



Además, es de recordarse que la procedencia de la acción de tutela en estos eventos exige que la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.”

5.- La suspensión provisional - Procedencia frente a actos administrativos precontractuales – Acción de tutela frente a actos precontractuales. Procedencia excepcional por ocasionar perjuicio irremediable.

La Corte en Sentencia Unificadora SU-713/06, expone:

“(…)

Como se dijo anteriormente, determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares¹⁵; concretamente, y para efectos de la presente tutela, el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo general, pues fija las reglas que disciplinan el procedimiento de selección objetiva del contratista de manera impersonal, imparcial y abstracta frente a todos los proponentes.

Ahora bien, la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular.

Cuando se acude a la Justicia Administrativa, para demandar la validez de un acto administrativo, por cualquiera de los medios anteriormente señalados, independientemente de que corresponda a actos proferidos durante el proceso licitatorio o en las fases de ejecución o liquidación del contrato, es viable proponer la suspensión provisional de sus efectos, en los términos y condiciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, aliviando temporalmente la afectación que sobre los derechos fundamentales de los proponentes, se producirían de continuar su ejecución (C.P. art. 238). Así lo ha reconocido, entre otras, el Consejo de Estado en tratándose de actos administrativos poscontractuales, en los siguientes términos:

“La acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo comprende no sólo las controversias derivadas de la existencia, nulidad o incumplimiento del contrato estatal sino que también es la vía procesal adecuada para impugnar los actos administrativos dictados con motivo y ocasión de la actividad contractual, tal como lo había definido la jurisprudencia y ahora expresamente la Ley 80 de 1993.

Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, es este caso del contratista”¹⁶.

De igual manera, en cuanto a la procedencia de la suspensión provisional en los actos precontractuales, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido:

“Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio,

¹⁵ Así, por ejemplo, la resolución de apertura de la licitación y el acto que declara desierta la licitación son actos administrativos generales; mientras que el acto que rechaza una propuesta y la resolución de adjudicación del contrato son actos administrativos particulares.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999, expediente 16550, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Igual jurisprudencia expuesta en el Auto de 7 de octubre de 2004, expediente 26.649, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.



y una vez ejecutoriada constituye, una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable y obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del Decreto-ley 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto, **e igualmente de la suspensión provisional contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del artículo 193 de la Constitución Política**¹⁷.

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador. Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria. Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.

(...)

En la citada sentencia unificadora manifiesta en sus conclusiones generales:

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 22 de abril de 1988. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Expediente No. 5262. Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - CORELCA -. Disponía el artículo 193 de la Constitución Política de 1886, conforme a las modificaciones realizadas por el Acto Legislativo No. 01 de 1945, que: “La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. En idéntico sentido, en otra providencia del citado Tribunal de la justicia administrativa, se expuso: “La procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo opera con carácter restrictivo, dada la presunción de legalidad y ejecución directa del mismo y por ello, es indispensable que el peticionario de la medida cumpla previa y estrictamente con los requerimientos de la ley. Si bien esta medida cautelar tiene un origen constitucional (art. 238 C.P), la ley ha supeditado su procedencia al cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades que se encuentran consignados en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Así, sólo son susceptibles de tal medida los actos administrativos que incurran en una manifiesta, ostensible y directa violación de la norma o normas superiores que le sirven de fundamento, apreciable por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud que demuestren, por ejemplo, la expedición irregular del acto o falta de competencia. Además, el ordinal 3º del art. 152, prevé que cuando la acción intentada sea distinta a la de nulidad, debe el actor “demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar ...”. En el caso que se examina, la Sala encuentra que el actor aduce como perjuicio el que se deriva del oficio No. 16334 del 11 de julio de 2000, por medio del cual el director del DAMA informó a otra entidad pública la inhabilidad para contratar que recayó en la sociedad demandante, al no suscribir el contrato que le fue adjudicado como resultado de la licitación 01-99 (fl.163 c.3), el cual si bien es cierto es una consecuencia prevista en la ley (art. 8º num.1 lit. e) ley 80 de 1993), acarrea unas consecuencias gravísimas para la sociedad demandante. De tal manera que al no establecer la ley en forma precisa en qué debe consistir el perjuicio alegado y sólo exigir que al menos aquél se demuestre “aunque sea sumariamente” (art. 152 ord. 3º C.C.A), la sala tendrá como prueba del mismo el aducido por el demandante. Examen diferente es el que debe hacerse para la confrontación de los actos acusados frente a las normas que se invocan como violadas, puesto que aquí sí debe ser evidente la infracción que se aduce de las mismas por una comparación sencilla, clara y que resulte patente, lo cual tratándose de actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual y en el control de legalidad de los mismos a través de la acción de las controversias propias del contrato es más exigente como pasa a verse”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 13 de diciembre de 2001. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 19777).



27. A manera de conclusión, esta Corporación encuentra que frente a los actos administrativos precontractuales, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones que permiten controvertir su validez, con la idoneidad y aptitud suficiente para conferir un amparo integral, ellas son: la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento, la acción contractual y la acción popular¹⁸.

Que las mismas siempre que se ejerzan en tiempo y bajo las condiciones que establece la Constitución y la ley, tienen la idoneidad suficiente para conjurar una posible amenaza o violación de los derechos constitucionales de los proponentes o de quienes tengan la vocación de tal. Así, entre otras, se permite impetrar la solicitud de suspensión provisional.

Que, en esta medida, la acción de tutela tan sólo resulta viable contra actos administrativos precontractuales siempre que no se traten de actos de contenido general, impersonal y abstracto por expresa prohibición del artículo 6°, numeral 5°, del Decreto 2591 de 1991, y en todo caso, su prosperidad se encuentra sometida a la regla de la subsidiaridad, conforme a la cual le corresponde al demandante probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional.

De igual manera, no es indispensable la condición de proponente para ejercer las acciones contenciosas de protección de los derechos vulnerados en el trámite de una licitación, toda vez que la ley habilita para su ejercicio a cualquier tercero con interés, entre los cuales, se encuentran quienes tengan la vocación para participar en el proceso de selección.

Por otra parte, bajo ninguna circunstancia el amparo tutelar puede prosperar de manera definitiva y prevalente, pues los medios ordinarios de defensa, permiten proteger los derechos de los oferentes, conforme a los principios de eficiencia, eficacia y economía. Para este efecto, la ley regula medidas previas o preventivas que suspenden los efectos de los actos lesivos del orden constitucional y legal.

6.- **Caso concreto.**

El señor Alexander de Jesús García Ríos, en calidad de representante legal del Consorcio Obras Puracé 2022, mediante apoderado, acude a este juez constitucional con el propósito que le sean tutelados derechos fundamentales que presuntamente le han sido conculcados por la Alcaldía Municipal en el proceso de contratación que se adelanta para las obras a ejecutar en la Galería del Corregimiento de Paletará, de esta municipalidad; por cuanto dentro de la selección se presentaron mediante adendas cambios o ampliaciones de fechas establecidas, omisiones en la publicación de puntajes obtenidos a cada propuesta, deshabilitación de la propuesta del consorcio del cual es representante legal, presunto favorecimiento al otro proponente, incapacidad del comité evaluador respecto de la evaluación de las calidades ofrecidas en la propuesta presentada por el consorcio y la revocatoria del proceso de adjudicación sin acto administrativo. Con base en ello solicita se le haga conocer la evaluación de habilitantes en donde se evidencie que las dos propuestas cumplen con lo requerido de experiencia general y específica, así como el puntaje; por ser su propuesta la mas favorable le sea adjudicada (art. 29 Ley 80 de 1993) y subsidiariamente se deje sin efectos los actos administrativos de revocatoria del proceso y demás que tiendan a nulificar la licitación pública de menor cuantía No. 005 de 2022 y en consecuencia se reanude el proceso.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente: La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.

¹⁸ Únicamente sobre la base de protección de los derechos colectivos, excluyendo su uso para la obtención de un interés meramente individual, subjetivo y concreto.



De igual manera, la acción de tutela tiene como características ser subsidiaria y residual, lo que significa que, frente a un caso concreto, procederá como medio de protección de los derechos fundamentales, siempre que no exista un mecanismo de defensa judicial, o que, existiendo, no sea el eficaz o idóneo para obtener el amparo solicitado, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Debemos preguntarnos, ese perjuicio irremediable existió?

El análisis que debe partir del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que advierte que es un mecanismo alternativo o que suple el procedimiento judicial ordinario: *“... cuando se advierta la ocurrencia de un perjuicio irremediable que requiera la adopción de medidas inmediatas para restablecer los derechos vulnerados o amenazados.”*

Ahora bien, la estructura del perjuicio irremediable requiere el cumplimiento de varios requisitos como lo son: la inminencia, la urgencia y la gravedad de los hechos que hacen que no se pueda postergar la tutela como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En ese sentido, el alto tribunal ha exaltado que, si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso administrativas para cuestionar la legalidad del acto o actos administrativos que le generan inconformidad, por cuanto existen acciones contencioso – administrativas aptas para solicitar desde la demanda la suspensión del acto administrativo, como medida cautelar.

En el presente caso realizada la lectura atenta del escrito fundante de la presente acción, es dable advertir que se trata de la transcripción de jurisprudencia de la Corte Constitucional referida al perjuicio irremediable (Expediente T-6.475.241), sin que se exprese en concreto cual es el perjuicio, el cual, de conformidad con la jurisprudencia debe estar acreditado en el expediente o los elementos mínimos que permitan inducir la existencia del mismo; así las cosas, sólo se hace referencia a detrimentos a los derechos fundamentales del actor o de la comunidad, a la elección de un proponente corrupto sin méritos para ser el mejor, de una posible corrupción que contraviene la transparencia y la buena fe.

La revisión del SECOP I y la documentación allegada, en relación con la selección abreviada de menor cuantía No. SAMC 005 de 2022, demuestran que se dio inicio al proceso precontractual el 8 de octubre de 2022; que en la actualidad las propuestas del Consorcio Obras Puracé 2022 y la de William Marino Navia Navia, se encuentran habilitadas para ser evaluadas; que la respuesta a las observaciones realizada por el Comité Evaluador el día 24 de noviembre de 2022, advierte la posibilidad de revocar el proceso dando a conocer las razones por las cuales es viable hacerlo sin el consentimiento de los proponentes, pero no existe acto administrativo suscrito por el Alcalde que ordene la revocatoria del proceso de selección; y que desde esa fecha y por tiempo transcurrido no era posible dar alcance a la terminación del proceso y ejecución de la obra, haciéndose necesaria la autorización de vigencias futuras que así lo ampararan.

Además, tal como lo anota el accionante, el 26 de diciembre de 2022, teniendo en cuenta que el Concejo Municipal aprobó las vigencias futuras para la realización del proyecto S.A.M.C. 005 DE 2022, se postergó la ejecución para el presente año.

El accionado en la contestación de la presente acción manifiesta que ante la aprobación de las vigencias futuras a finales del año anterior por el Consejo Municipal, no se adelantó la revocatoria del proceso; que una vez se concluya el cierre fiscal de 2022 y se pueda expedir la disponibilidad presupuestal que ampare el gasto, se continuará con las etapas pendientes como lo son: publicación de la evaluación definitiva, el puntaje a las



propuestas, la audiencia de la apertura del sobre No. 2 (propuesta económica), su puntuación y la adjudicación del contrato.

De otra parte, cotejadas las argumentaciones presentadas con los documentos obrantes, dan a entender a este funcionario judicial que se ha dado alcance a las observaciones realizadas por los proponentes, no se ha producido la adjudicación del contrato, no se ha producido al revocatoria del proceso y por ello el proceso se encuentra en la etapa precontractual; siendo estos los fundamentos para que en la actualidad no sea posible exigir de la Administración Municipal la puntuación específica solicitada por el actor; o que se adjudique el contrato en favor del actor, solicitud a todas luces ilegal a la que no es posible acceder por el Juez Constitucional y/o dejar sin efectos el acto de revocatoria del proceso, acto administrativo que no se ha producido, cuestión que igualmente atañe al juez contencioso administrativo.

De conformidad con lo expuesto, para el presente caso la acción de tutela se declarará improcedente por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad y no se encuentran fundados los elementos que estructuran el perjuicio irremediable.

En mérito a lo expuesto en precedencia el Juzgado Promiscuo Municipal de Puracé (Cauca), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la presente acción de tutela interpuesta por el señor ALEXANDER DE JESUS GARCIA RIOS, actuando como representante legal del Consorcio Obras Puracé 2022, a través de apoderado judicial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. NOTIFÍQUESE esta determinación a las partes por el medio más expedito y de conformidad con los parámetros del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, informándose que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación acorde con lo normado en el artículo 31 del decreto en cita.

TERCERO. REMÍTASE por Secretaría el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN, si no fuere impugnada la presente sentencia.

La presente decisión se terminó siendo las cuatro y quince minutos de la tarde (4:15 p.m.), del día de hoy dieciséis de marzo de dos mil veintitrés (2023).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

WILLSON HERNEY CERON OBANDO