

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., - 6 MAR. 2019

Sentencia de tutela No. 29

Accionada: Servicios Postales Nacionales S.A. 472

Accionante: Seguridad Atlas LTDA.

Derechos Invocados: debido proceso - igualdad

Radicado: 110013335-017-2019-00072-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor Seguridad Atlas LTDA., a través de apoderado judicial, contra la Servicios Postales Nacionales S.A. 472, por la presunta vulneración al derecho fundamental al debido proceso e igualdad y los principios de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refirió el señor Luis Fernando García Tarquino representante legal de la sociedad Seguridad Atlas LTDA. que en enero del presente año, la entidad Servicios Postales Nacionales S.A., dio apertura formal a la Convocatoria Pública No. 001 de 2019 con el objeto de contratar la *"prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada con armas, sin armas y apoyo con medios tecnológicos, de los bienes muebles e inmuebles, que conforman las sedes e intereses patrimoniales de Servicios Postales Nacionales S.A., y de todos aquellos de los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable."*

La sociedad 4-72, en el acta de cierre y apertura del 8 de febrero del 2019 a las 11:00 a.m. señaló como única propuesta la de la empresa Seguridad Atlas LTDA.

Que la entidad contratante determinó el 11 de febrero del 2019, suspender el proceso de Convocatoria Pública No. 001 de 2019, en razón a que en fecha del 08 de febrero del 2019 con radicado No. ER-000003040 de 2019, la sociedad La Magdalena Seguridad LTDA manifestó que existían situaciones que podían ir en contra de los principio de la contratación pública por lo que procedió a revisar tales afirmaciones y el proceso.

La accionante atacó la posibilidad de La Magdalena Seguridad LTDA interviniera como veedora dentro del proceso de contratación por tener un interés directo en el proceso y así también solicitó a 472 se pidiera el acompañamiento a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación para garantizar la transparencia del proceso, petición que no fue atendida por la entidad.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. Considera que con la actuación de la entidad accionada se está desconociendo su derecho fundamental al debido proceso e igualdad en tanto conforme a la Ley 80 de 1993, el hecho de que al proceso de selección se presente un único proponente no es motivo suficiente para declarar desierto un proceso licitatorio debido a que la objetividad no la determina, por sí sola, la pluralidad de ofertas, por lo que la administración debe adjudicar un contrato al oferente único, siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias.

Considera que suspender el proceso de Convocatoria la entidad contratante incurrió en una vía de hecho desconociendo abiertamente la ley y violando los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de mi representada y en consecuencia, situación que hace procedente la garantía y protección de los derechos vulnerados a través de la acción de tutela, a fin de que a la mayor brevedad la entidad

Accionada: Servicios Postales Nacionales S.A. 472
Accionante: Seguridad Atlas LTDA.
Derechos Invocados: debido proceso - igualdad
Radicado: 110013335-017-2019-00072-00
JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.

accionada, adecúe su conducta al ordenamiento jurídico y subsane las irregularidades que vician el proceso de selección, debiendo informar a la accionante los resultados del proceso de evaluación.

ARGUMENTO DE LA AUTORIDAD ACCIONADA.

Dentro del término establecido en el auto de fecha 21 de febrero de 2019 (fl.74 debidamente notificado al día siguiente fls.75-76), la accionada Servicios Postales Nacionales S.A. 472 se abstuvo de dar respuesta a la acción.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una sociedad pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, y 1º del Decreto 1382 de 2000, y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, el solicitante es persona jurídica de derecho privado, del tipo sociedad de responsabilidad limitada LTDA, que actúa a través de su representante legal (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto. La acción se interpuso frente a la actuación de una sociedad pública nacional, esto es, Servicios Postales Nacionales S.A. 472 conforme el Decreto 1983 de 2017 (art. 13 del D. 2591 de 1991).

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

INMEDIATEZ: El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correctivo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional

Accionada: Servicios Postales Nacionales S.A. 472
Accionante: Seguridad Atlas LTDA.
Derechos Invocados: debido proceso - igualdad
Radicado: 110013335-017-2019-00072-00
JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.

analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características” (Resaltado por el Despacho).

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concorra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

“El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros” (Resaltado por el Despacho).

De la jurisprudencia constitucional transcrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo o por el contrario, ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

Para el caso concreto, la alegada actuación administrativa de Servicios Postales Nacionales S.A. 472 en contra de la sociedad accionante se consumó con la decisión del 11 de febrero de 2019 en la que se resolvió suspender el proceso de Convocatoria Pública No.001 de 2019 cuyo objeto es la “Prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada con armas, sin armas y apoyo con medios tecnológicos, de los bienes muebles e inmuebles, que conforman las sedes, e intereses patrimoniales de Servicios Postales Nacionales y de todos aquellos de los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable” (fls.54 y 55).

El accionante presentó la tutela el 21 de febrero de 2019 (fl.72), habiendo transcurrido un término de diez (10) días desde la decisión de la entidad y la interposición de la acción; a juicio del Despacho se satisface el requisito de inmediatez de la acción.

Antes de continuar, es pertinente señalar que, mediante escrito recibido por este Despacho el 28 de febrero del año en curso la parte demandante manifestó que la accionada reanudó el proceso licitatorio adelantando la evaluación de la propuesta de la empresa accionante por lo que solicita se ordene la vinculación al trámite a la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para que funjan como veedores oficiales en garantía al debido proceso, ante la premura de los términos en el curso del presente trámite constitucional y al no constatarse el peligro **inminente** alegado sobre los derechos en discusión, se postergó la decisión al resolver el fondo del asunto con la sentencia.

SUBSIDIARIEDAD¹:

Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia², que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: i) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o iii) cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.

De la idoneidad de los otros medios de defensa judicial y de la figura del perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*, se pasará a hablar a continuación.

Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así, se ha indicado en múltiples oportunidades³ que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, en principio, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política.

Ahora bien, ¿cómo determinar si la persona en efecto dispone de otro medio de defensa judicial? Para resolver el anterior interrogante es necesario hacer alusión a algunos fallos en los cuales la Corte se ha referido a este tema.

En la sentencia T- 003 de 1992⁴, en la que la Corte al revisar el caso de una persona que había sido elegida como Contralora Departamental del Huila, pero que no fue posesionada por el Gobernador del Departamento sin razón alguna, precisó cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere idóneo para la protección de los derechos fundamentales. En palabras del Alto Tribunal:

"(...) el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debe interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial 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".

En el mismo sentido, la sentencia citada expresó que son aceptables como medios de defensa judicial, aquellos que cumplan con las siguientes características, a saber:

"(...) aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho. En este sentido, no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado.

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado".

Conforme a esta posición, la Corporación concedió el amparo solicitado, argumentando que las circunstancias fácticas analizadas encajaban dentro de los caracteres esenciales de la tutela, vale decir, *"la subsidiariedad y la inmediatez, la primera por cuanto no existe mecanismo alternativo para la defensa*

¹ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-772 del dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014) Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente T- 3.623.056, actor: Recaudos y Tributos S.A. contra Alcaldía Distrital de Santa Marta, Tema: procedencia de la tutela frente a actos administrativos que versan sobre un contrato estatal, debido proceso.

² Sentencia T-742 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver entre otras las sentencias T-451 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-352 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-018 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

³ Ver entre otras las sentencias C- 1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU- 1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU - 544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T - 1670 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

del derecho y la segunda porque la resolución pronta de la acción de tutela resulta indispensable para que no siga transcurriendo el periodo sin una certidumbre de la peticionaria sobre el ejercicio que dentro de él le corresponde mientras su elección goce de la presunción general de validez”.

Respecto a los mecanismos alternativos para la defensa de los derechos de la accionante, en esa tutela la Corte precisó que ellos no eran idóneos, por cuanto el caso en estudio no se trataba solamente de resolver si habían sido atendidos los requerimientos formales y de fondo exigidos para la elección como Contralora de la actora, o cualquier otro requisito de la validez de dicho acto de elección, caso en el que se contaba con las vías judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que, se dijo, el problema jurídico planteaba una hipótesis de eficacia de un derecho constitucional fundamental, por lo que era necesario examinar el posible perjuicio irremediable que podía sufrir la demandante, lo cual escapaba a la órbita de vías alternativas de defensa judicial y se enmarcaba dentro del objeto de la acción de tutela.

En la sentencia T-175 de 1997⁵, al revisar varios casos de funcionarios de la Rama Judicial que solicitaron el pago de sus cesantías parciales sin obtenerlo, y en muchos casos, sin que se les hubiesen respondido sus peticiones, la Corte manifestó que no es suficiente para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra, manifestó que es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. Al respecto, en la providencia se dijo expresamente que:

“(…) No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados:

Ello quiere decir que un medio judicial, para que pueda ser señalado al actor como el procedente, en vez de la tutela, con miras a su protección, debe ser eficaz, conducente y estar dotado de su misma aptitud para producir efectos oportunos, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento teórico, por el sólo hecho de estar prevista en norma legal, si, consideradas las circunstancias del solicitante, no puede traducirse en resolución judicial pronta y cumplida que asegure la vigencia de la Constitución en el caso particular de una probada vulneración o amenaza de derechos fundamentales. Tal imposición atentaría contra la eficacia de la administración de justicia y pondría en grave riesgo los postulados del Estado Social de Derecho, haciendo inoperantes no pocas garantías constitucionales”.

En ese caso, este Tribunal decidió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al trabajo y a la vida digna de los accionantes, por cuanto consideró la falta de idoneidad del medio ordinario (proceso contencioso administrativo), derivada de las circunstancias particulares en que se encontraban los actores, quienes obtenían su congrua subsistencia de lo devengado de sus trabajos, por lo que no podían esperar todo el tiempo que durara dicho proceso para el amparo de sus derechos, so pena de causárseles un perjuicio irremediable. Por ello, el amparo se dio hasta que los actores acudieran a la jurisdicción contenciosa a reclamar sus derechos.

Posteriormente, la Sala Plena de esta Corporación resumió en la sentencia SU-1070 de 2003⁶, la jurisprudencia existente hasta ese momento respecto a lo que se entiende como la “*existencia de otro medio de defensa judicial*”. En esa oportunidad, la Corporación se ocupó de una acción de tutela interpuesta por una sociedad que había celebrado con el INVIAS un contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. La accionante solicitaba la protección transitoria de sus derechos al debido proceso, al buen nombre y a la igualdad, los cuales estimaba vulnerados por la actuación administrativa del INVIAS a través de la cual se había declarado la caducidad del mencionado contrato, bajo el argumento de que la entidad estatal había omitido comunicar o notificar la iniciación de la mencionada actuación administrativa.

⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁶ MP Jaime Córdoba Triviño.

Este Tribunal señaló que, de acuerdo a la jurisprudencia, dado el carácter subsidiario de la tutela, cuando el accionante dispone de otro mecanismo judicial, el juez de tutela ha de analizar: i) si dicho medio es idóneo y eficaz, y en caso de que la respuesta resulte afirmativa, ii) si se presenta una amenaza de perjuicio irremediable que amerite que la tutela proceda como mecanismo transitorio.

Esta Corte sostuvo que la idoneidad y eficacia del remedio judicial alternativo, deben ser apreciadas en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del solicitante, así como los derechos constitucionales fundamentales invocados.

Específicamente, en cuanto a la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial, la Corporación precisó que dicho examen no puede restringirse a determinar cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si ello fuera así, la acción de tutela desplazaría a las demás jurisdicciones, ya que siempre será más rápida por los principios que la rigen. Por ello, se dijo que aquél análisis impone tomar en cuenta si el juez ordinario está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar también remedios adecuados según el tipo y la magnitud de la vulneración.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, en el caso referido la Corte Constitucional decidió que las accionantes contaban con un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz al cual podían acudir (acciones contractuales y nulidad y restablecimiento del derecho) y, al no encontrarse en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable frente al derecho al debido proceso administrativo, denegó el amparo solicitado.

Luego, en la sentencia T-764 de 2008⁷, al estudiar el caso de unos trabajadores y ex trabajadores de la sucursal de una sociedad extranjera domiciliada en Colombia, que inició proceso liquidatorio y desde entonces dejó de incrementar el salario por ellos devengado de acuerdo a los porcentajes ordenados en la ley, respecto a la existencia de otro medio de defensa judicial, ese Tribunal precisó que:

"(...) el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución clara, definitiva y precisa a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional y su aptitud para proteger los derechos invocados. En consecuencia, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela". (Subrayado fuera del texto).

Para valorar el medio de defensa alternativo, la providencia estimó conducente tomar en consideración, entre otros aspectos, los siguientes:

*"i) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela; y ii) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales. Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial alterno de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se alegan lesionados. De ser ineficaz, la acción de tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al mismo, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*⁸.

En esa oportunidad, la Corte decidió negar el amparo solicitado, tras observar que los accionantes debían haber hecho su reclamación formal dentro del proceso liquidatorio en el cual se encontraba incurso la empresa accionada, por cuanto los salarios y mesadas pensionales, sean anteriores o posteriores a los procesos liquidatorios, constituyen gastos de administración que deben ser cancelados de preferencia en dichos procesos, a fin de no comprometer ni vulnerar derechos fundamentales. Además, consideró que de la situación concreta no se desprendía la existencia un inminente perjuicio irremediable.

El alcance de los anteriores criterios fue precisado en la sentencia de Sala Plena SU-339 de 2011⁹, en la que se estudió el caso de una persona que participó en un proceso de selección para proveer el cargo

⁷ M.P. Jaime Araujo Rentería

⁸ Sentencia T-764 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

de Director Ejecutivo de Administración Judicial, y quien no fue incluido en la lista de la terna de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, a pesar de reunir los requisitos señalados por el artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, mientras que ninguno de los integrantes que si fueron incluidos en dicha terna, cumplían las condiciones legales. En esa oportunidad, respecto al alcance del artículo 86 Constitucional y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena de esta Corporación precisó:

"(...) para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio ponderado del mecanismo 'ordinario' previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante".

Para resolver el caso concreto, en esa oportunidad la Corte hizo alusión a que, en principio se podría considerar que la acción de tutela era improcedente, por cuanto el accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial, como las acciones contenciosas administrativas, y porque adicionalmente no se había acreditado la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable. No obstante, como en el caso *sub examine* el cargo por el que concursó el actor no había sido provisto, es decir, no se había elegido al Director Ejecutivo de Administración Judicial, de manera que no se habían consolidado derechos en cabeza de terceras personas, la tutela se declaró procedente, y se consideró que esa circunstancia fáctica permitía que dicha acción desplegara todo su potencial de protección de los derechos fundamentales en juego, e impedía que se consolidara la afectación, en cabeza del accionante, del debido proceso administrativo y del derecho a acceder a cargos públicos.

Adicionalmente, indicó que las acciones contenciosas no eran idóneas, por cuanto no se tramitaban en un plazo razonable que permitiera una solución oportuna del conflicto surgido. A continuación, se concedió el amparo solicitado y se ordenó la conformación de la terna, recomponiéndola total o parcialmente.

Siguiendo con la línea jurisprudencial, la sentencia T-113 de 2013¹⁰, a través de la cual se estudió el caso de una persona que interpuso tutela para la protección de su derecho al debido proceso, el cual consideraba vulnerado por la Fiscalía General de la Nación, quien emitió resolución de acusación en su contra por el delito de cohecho, pese a no tener competencia para ello, insistió en que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela, pues éste debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Además, manifestó que el medio judicial adicional debe ser eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho. Para determinar la concurrencia de estas dos características, según la sentencia citada, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse:

"(...) i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración".

En virtud de lo anterior, se negó el amparo solicitado por el accionante, pues se dijo que la competencia para resolver el asunto era de la Corte Suprema de Justicia; además, la Sala estimó que no se había acreditado la existencia de inminente perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo.

Pasando a la amenaza de perjuicio irremediable, esta Corporación ha dicho que se caracteriza por "ser un daño inminente, cierto, evidente, de tal naturaleza que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño,

¹⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

y de tal magnitud que hiciere impostergable la tutela¹¹.

Al respecto, la Corte al proferir la sentencia T-225 de 1993¹², en la que se resolvió el caso de una comunidad asentada en el municipio de Nariño, Cundinamarca, cuyos miembros sostenían que se les estaba afectando su derecho fundamental al agua potable, pues el acueducto local era insuficiente para que 260 personas accedieran a una adecuada prestación del servicio, respecto a los elementos que componen el perjuicio irremediable, sostuvo que debe ser inminente, que las medidas que se requieran para conjurarlo deben ser urgentes y que éste debe ser grave. En palabras de ese Tribunal:

"A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética (...). Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (...). Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio".

Además se consideró en esta sentencia que "el fundamento de la figura jurídica del inminente perjuicio irremediable, es un daño o menoscabo grave en un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas".

En esa oportunidad, la Corte decidió declarar improcedente el amparo solicitado, argumentando que la comunidad de Nariño no se encontraba ante una amenaza inminente de sus derechos fundamentales

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

que requiriera medidas urgentes e impostergables, pues si la administración municipal desarrollaba adecuadamente el plan de ampliación del suministro de agua presentado ante la Gobernación de Cundinamarca, los habitantes de Nariño no estarían sometidos a un posible menoscabo de sus derechos, al requerirse en el futuro una mayor demanda de este servicio. Entonces, al no presentarse los elementos necesarios para declarar la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable, la Corte consideró que resultaba clara la existencia de otro medio de defensa judicial que perfectamente podía proveer protección a los intereses de esta comunidad.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la sentencia SU-712 de 2013¹³, en la que la Corte revisó el caso en el que el Procurador General de la Nación inició oficiosamente indagación preliminar en contra de una Senadora de la República, por supuestos vínculos con grupos al margen de la ley, y continuó con el proceso disciplinario, pese a que la accionante manifestó que el Jefe del Ministerio Público carecía de competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los miembros del Congreso, la Corte manifestó respecto de la amenaza del perjuicio irremediable:

“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”.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, en esta sentencia se precisan los elementos característicos de la amenaza de perjuicio irremediable que se deben acreditar para que la acción de tutela proceda, los cuales pueden extenderse a asuntos disciplinarios. A saber, dichos elementos son:

“(i) Es necesario que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia Y/o acto administrativo puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia y/o acto administrativo ha de amenazar con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos.

(iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención.

(iv) Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas impugnadas”.

No obstante, también se puntualizó que la procedencia de la acción no implica que por ese solo hecho se hayan vulnerado los derechos fundamentales invocados, sino que simplemente se habilita al juez constitucional para adentrarse en el análisis material del asunto con miras a determinar si debe o no concederse la protección invocada.

Reiterando las anteriores consideraciones, la sentencia T-060 de 2013¹⁴, al estudiar el caso referente a unos detectives del DAS que fueron informados de su reubicación en otros empleos creados en otras

¹³ M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

¹⁴ M.P. Mauricio González Cuervo.

entidades, y quienes solicitaron a través de la tutela ser incluidos en el retén social de la entidad suprimida, explicó, en cuanto a la valoración de los elementos de la amenaza del perjuicio irremediable, que:

"(...) la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc".

En ese caso, el Tribunal decidió declarar improcedente el amparo solicitado, argumentando que los accionantes contaban con mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces a través de los cuales podían alegar los hechos allí planteados y resolver el conflicto laboral expuesto en la solicitud de tutela, máxime si se tenía en cuenta que no se configuraba una amenaza de perjuicio irremediable por cuanto: i) la situación en que se encontraban los accionantes no exigía medidas inmediatas, pues estaban recibiendo un salario; ii) la urgencia que podían tener los accionantes radicaba en que debían seguir laborando, y para la Sala esta no es una carga desproporcionada; y iii) no existía gravedad de los hechos, porque el derecho pensional de los accionantes se encontraba protegido, ya que en uno u otro régimen les sería reconocida una pensión, siempre y cuando cumplieran los requisitos.

Por último, esa Corporación ha destacado como común denominador, en eventos en que se deduce la inminencia de un perjuicio irremediable, las circunstancias de peligro o vulnerabilidad de los accionantes, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, *"el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales de personas que dependen de su mesada o salario; el despidos colectivos de trabajadores aforados; el pago de salarios por afectación grave de la vida y subsistencia del accionante y de sus hijos cuando el cónyuge ha sido secuestrado; la orden para que se reconozca la pensión de sobrevivientes a quien dependía económicamente del causante; la orden para que se reconozca la pensión de invalidez a enfermos de SIDA; entre otras"*¹⁵.

A modo de conclusión, encontramos que 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 derechos fundamentales.

Por estas razones, un requisito de procedencia de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, con base en el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha identificado dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.

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

La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela

¹⁵ SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas.

De los mecanismos contenciosos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir las irregularidades que se presenten en los actos precontractuales, entre ellos, el correspondiente al pliego de condiciones. (De la improcedencia por regla general de la acción de tutela)¹⁶

19. Esa Corporación, en diversas ocasiones, ha reconocido que en el trámite de un proceso licitatorio, y en concreto, en el contenido del pliego de condiciones, es posible que los derechos fundamentales de por lo menos uno de los proponentes, sean eventualmente objeto de amenaza o violación. Sin embargo, de igual manera, en todas esas oportunidades, ha concluido que el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial para obtener su debida protección, dejando a salvo la procedencia de la acción de tutela, para aquellos casos en que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹⁷.

Precisamente se ha admitido que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 446 de 1998, establece distintos medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales que resulten vulnerados por los actos previos a la celebración de un contrato estatal, así dicha disposición reconoce: (i) Que los actos precontractuales y con ocasión de la actividad contractual, son demandables mediante las *acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho*, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, y que, (ii) una vez celebrado el negocio contractual, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, por intermedio de la *acción contractual*. En todo caso, según el mismo artículo 87 del C.C.A., la interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato¹⁸.

¹⁶ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-713 del veintitrés (23) de agosto de dos mil seis (2006) Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, Referencia: Expediente T-851356, Peticionaria: INVERAPUESTAS S.A., Demandado: Lotería de Bolívar.

¹⁷ Véase, entre otras, las sentencias T-147 de 1996, T-154 de 1998, T-312 de 1999, T-724 de 2003, T-021 de 2005 y T-337 de 2005.

¹⁸ Esta disposición fue declarada exequible por esta Corporación mediante sentencia C-1048 de 2001. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Entre los principales argumentos que condujeron al pronunciamiento de constitucionalidad, se destacan: “...Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio.

La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso sí a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio.

Precisado lo anterior, debe la Corte establecer el alcance de la limitación impuesta por la norma acusada, cuando señala que “cuando se celebra este, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” En especial debe establecer si esta restricción tiene el alcance de eliminar o de recortar, en ciertos casos, el plazo de caducidad que señala la norma.

Es necesario precisar que la prosperidad de las citadas acciones, en cuanto se relacionan con el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, se someten a la existencia de actos previos que comporten la existencia de un *acto administrativo definitivo* y no un simple acto de trámite, pues éstos son susceptibles de impugnación a través del acto que le pone fin a cada una de las etapas del procedimiento licitatorio¹⁹.

Entre los actos administrativos definitivos que se presentan en el trámite de la licitación pública se reconocen, entre otros, los siguientes: la Resolución de apertura, el pliego de condiciones, el acto de rechazo de propuestas, el acto que declara desierta la licitación y la resolución de adjudicación.

El Consejo de Estado, en sentencia previamente citada, distinguió las distintas categorías de actos que pueden proferirse en un proceso licitatorio, aclarando cuáles de ellos son actos administrativos definitivos. En sus propias palabras, manifestó:

"Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión del oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etc. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el reglamento de contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la administración, los informes, dictámenes, proyectos, valoraciones de antecedentes, etc., hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registros, etc. (...)"

Cada acto del procedimiento tiene una función específica, la cual sólo se explica lógicamente a la luz de su función dentro del contexto, que es la de condicionar y proporcionar la irrupción del y de los actos subsecuentes, hasta que pueda surgir el acto final en vista del cual están preordenados todos los anteriores.

*De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones: se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato: reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas (...)"*²⁰.

20. Partiendo de las consideraciones esgrimidas en la demanda de tutela, en las distintas intervenciones y en la providencia del juez de segunda instancia, la Corte Constitucional se formuló el siguiente interrogante: ¿Es procedente otorgar la acción de tutela como mecanismo definitivo y prevalente de protección judicial, en la medida en que las acciones contenciosas no permiten interrumpir el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato, y por lo mismo, podrían llegar a considerarse inadecuadas e insuficientes para proveer una defensa integral a los derechos fundamentales comprometidos?

desconociendo con ello el derecho de acceso a la administración de justicia, especialmente el de terceros a la relación contractual que hayan participado en las etapas precontractuales, como lo alega la demanda.

[La] interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo."

¹⁹ Entiendase por acto administrativo definitivo: "aquellos que expresan en concreto la voluntad de la administración y contienen lo que la doctrina administrativa denomina decisión ejecutoria, capaz de afectar la esfera jurídica de una persona determinada". Sentencia SU-201 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Sobre la materia, el Consejo de Estado ha dicho: "los simples actos de la Administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de abril 6 de 1987).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de agosto de 1991, Expediente No. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Si bien dicha posición podría estimarse en principio razonable, a partir de la configuración de una de las causales de procedencia de la acción de tutela, consistente en la falta de idoneidad de las acciones ordinarias para otorgar un amparo integral, lo cierto, es que dicho punto de vista, resulta contrario a la naturaleza jurídica de los actos precontractuales y a los mecanismos previstos en el ordenamiento legal para controvertir su validez y suspender sus efectos.

Como se dijo anteriormente, determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares²¹; 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"*²².

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, 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**"*²³.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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

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 legislador²⁴. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo o 229 del CPACA, no le impone a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales para proceder a la suspensión provisional de sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del C.C.A²⁵ o 141 del CPACA.

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

Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esa 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.

21. Por otra parte, es evidente que la viabilidad de la acción de tutela se encuentra sometida a las particularidades del asunto sometido a decisión, por lo cual en cada caso debe analizarse si alguna de las *causales de improcedencia* resultan aplicables conforme a la naturaleza del acto administrativo puesto a consideración del juez de tutela.

Dentro del catálogo de causales de improcedencia previsto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, goza de especial significación aquella reconocida en el numeral 5°, conforme a la cual: *"La acción de tutela no procederá: (...) 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto"*.

Acerca de la validez de dicha causal de improcedencia, esta Corporación ha señalado que la misma tiene su origen en la existencia de otros medios de defensa judicial que permiten a través de un control abstracto

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 demuestre, por ejemplo, la expedición irregular del acto o falta de competencia. Además, el ordinal 3° 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. 8° 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 aquel se demuestre "aunque sea sumariamente" (art. 152 ord. 3° 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).

²⁴ Dispone la citada norma de la Carta Fundamental: *"la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial"*.

²⁵ Dispone la norma citada del Código Contencioso Administrativo: *"El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1°. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2°. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de las mismas, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3°. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor"*.

verificar la constitucionalidad y legalidad de un precepto normativo. Al respecto, en sentencia 1452 de 2000²⁶, la Corte sostuvo:

"Tal y como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado por el 6° del Decreto 2591 de 1991, excluye la acción de tutela cuando el afectado disponga de otros medios de defensa judicial que le permitan hacer efectiva la protección del derecho que se le conculca o amenaza, a no ser que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De igual modo, la jurisprudencia constitucional ha indicado de manera reiterada, que la acción de tutela, tiene como característica principal el ser de naturaleza residual y subsidiaria y no se trata de un mecanismo alternativo, paralelo, ni supletivo o sustitutivo de los medios judiciales ordinarios o especiales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Como lo anotó el juez de instancia, se observa que en el caso sub-judice, se evidencia la existencia de otro medio de defensa judicial. En efecto, la Constitución Política en su artículo 241, confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y en su numeral 5° consagra la acción pública de inconstitucionalidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, contra "los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación", mecanismo éste especial y específico con que cuenta el accionante para ante esta Corporación acudir, en procura de sustraer del ordenamiento jurídico, el Decreto 169 del 8 de febrero de 2000.

Por consiguiente, no se ajusta a la Constitución, que se invoque la figura sumaria de la tutela con la intención de que se tramiten de manera acelerada, asuntos que por su misma complejidad exigen acucioso y ponderado análisis bajo la óptica de ordenamientos especializados, expresamente sometidos por el sistema jurídico a ciertas formas y procedimientos.

En consecuencia, no procede la acción de tutela con el fin de obtener que se suspenda el Decreto 169 de 2000 expedido por el Presidente de la República, pues se trata de un acto de carácter general impersonal y abstracto (numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991), que surte efectos también generales. Si el actor lo consideró contrario a los preceptos de la Carta Política, pudo haber ejercido, como se manifestó anteriormente, la acción pública de inconstitucionalidad, tal como lo contempla nuestra Constitución Política en su artículo 241-5"²⁷.

La importancia de reconocer la citada limitación en cuanto a la prosperidad de la acción de tutela radica, en que determinados actos precontractuales corresponden a típicos actos administrativos de carácter general y definitivos, pues deciden cada una de las etapas del proceso licitatorio de forma impersonal, objetiva y abstracta para todos los proponentes, como ocurre, por ejemplo, con la resolución de apertura de la licitación o el pliego de condiciones.

En torno a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, citando al Consejo de Estado, previamente se había dicho que:

*"De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones: se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan en los últimos: **de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas**"²⁸.*

En relación con la resolución de apertura, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado, Sección Tercera, reconoció que aunque en principio dicho acto podía considerarse un acto de mero trámite, en realidad su naturaleza jurídica se asimilaba más a la de acto administrativo general y definitivo, susceptible en su contenido de ser impugnado a través de la acción de simple nulidad, por sus

²⁶ M.P. Martha Victoria Sánchez.

²⁷ Véase, igualmente, las sentencias T-1201 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-554 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de agosto de 1991, expediente No. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

implicaciones en cuanto a la vigencia, eficacia y protección de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal. En sus propias palabras, dicha Corporación manifestó:

"Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten"²⁹.

De igual manera, la doctrina ha reconocido en el acto de apertura de la licitación pública, la existencia por regla general de un verdadero acto administrativo de contenido general, por envolver una declaración unilateral de voluntad de las entidades estatales capaz por sí mismo de producir directamente efectos jurídicos.

Así, la Administración asume la obligación de observar el procedimiento licitatorio y de seleccionar la propuesta que resulte más favorable de conformidad con los requisitos previstos en los pliegos de condiciones; y a su turno, a partir de la invitación que se realiza para que los interesados formulen ofertas en relación con el proyecto de contrato determinado, como *invitatio ad offerendum*, los proponentes adquieren el derecho subjetivo y el interés legítimo de formular propuestas de negocio jurídico, a que éstas sean evaluadas si cumplen las exigencias habilitantes reconocidas en los pliegos, y en fin, a que se concluya todo el procedimiento de selección objetiva adjudicando el contrato al mejor oferente.

Dicha resolución de apertura produce como efectos jurídicos: (i) La obligación de las entidades estatales de impulsar de oficio el procedimiento licitatorio hasta la adjudicación del contrato; (ii) La imposibilidad de modificar las características esenciales del objeto de la licitación, pues su alterabilidad pondría en riesgo la vigencia de los principios de libertad de concurrencia y de igualdad de los proponentes; (iii) La incapacidad de la Administración para revocar unilateralmente el llamado a la licitación, ya que se trata de un acto administrativo que crea una situación jurídica subjetiva para las personas con vocación de oferentes.

Precisamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto del 6 de abril de 1987, reiterando lo previsto en sentencia del 9 de octubre de 1986, declaró que el llamado a la licitación pública, es un verdadero acto administrativo separable, susceptible de control jurisdiccional y de suspensión provisional en los casos reconocidos en la ley. En dicha oportunidad, se suspendió provisionalmente una resolución mediante la cual se abrió una licitación pública, por restringir indebidamente la libertad de concurrencia³⁰.

Así las cosas, no es viable acudir a la acción de tutela para controvertir la legalidad de los actos precontractuales de contenido general y abstracto, pues así lo establece expresamente el artículo 6°, numeral 5° del Decreto 2591 de 1991, al reconocer la improcedencia del amparo constitucional contra dicha modalidad de actos.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se demande entonces un acto general, impersonal y abstracto tan sólo es viable la acción de tutela a través de la prueba de un perjuicio irremediable³¹.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente No. 9118, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 6 de abril de 1987. Expediente 5050, Consejero Ponente: Julio César Uribe.

³¹ Sentencias T-1201 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-554 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

22. Ahora bien, se pregunta esta Corporación: ¿Si la condición de proponente es exigible para poder ejercer la acción contractual, cuando se pretende obtener la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato?

La solución del citado interrogante es imprescindible, pues de concluirse que la calidad de proponente es obligatoria para ejercer la acción contractual, necesariamente la acción de tutela podría convertirse en el único medio de defensa judicial, para proteger los derechos fundamentales de las personas que no participaron en la licitación pública con justa causa, pero que les asiste razones o motivos para considerar que los actos precontractuales son contrarios al ordenamiento Superior, cuando tan sólo es viable alegar su ilegalidad a través de la nulidad absoluta del contrato.

Al respecto, el mismo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reconoce que las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo puede pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato, a través del ejercicio de la *acción contractual*, entre otras, por celebrarse contra expresa prohibición de la Constitución o la ley, o por estar incurso en abuso o desviación de poder (Ley 80 de 1993, artículo 44).

Como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en estos casos, el *"interés directo"* no se asimila a la condición de proponentes, sino que basta la comprobación material de su vocación para el efecto. De donde resulta que cualquier persona que demuestre haber tenido la potencialidad de participar en la licitación pública, pero que fue indebidamente excluida por la violación de alguno de los principios que la regulan, por ejemplo, impidiendo la libre concurrencia mediante una discriminación no permita por el ordenamiento Superior, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato, a través de la *acción contractual*, como mecanismo idóneo de defensa del derecho fundamental a la igualdad.

La interpretación de la norma en este sentido, supone la plena realización de la libertad de concurrencia y de la igualdad entre los licitantes, como principios fundantes del estatuto de contratación estatal, pues uno de los modos como usualmente se vulneran los citados principios, es mediante la elaboración de pliegos en donde se prescriben requisitos habilitantes o criterios de selección que sólo determinados proponentes pueden cumplir, sin que resulten proporcionales con el objeto de la licitación, ni necesarios para la buena ejecución del proyecto de contrato determinado.

Es en la existencia de cláusulas abusivas en los pliegos de condiciones que establecen discriminaciones o exigencias que sólo pueden ser cumplidas por un proponente, contrarias a la transparencia y a la buena fe precontractual que deben regir el proceso de formación de la voluntad negocial de la Administración, en donde se encuentra el fundamento para la autorización de que un tercero *"no proponente"* tenga *"interés directo"* en la impugnación de los actos administrativos precontractuales, pues en últimas lo que se pretende es salvaguardar los principios de concurrencia e igualdad, que serían objeto de vulneración si se llegase a permitir la conducta abusiva o incurra en desviación de poder, consistente en el interés de la entidad estatal de seleccionar a un contratista diferente de aquel que puede formular una mejor propuesta de contrato. De todas maneras, ese *"interés"* como la ha sostenido la Justicia Administrativa debe ser *"directo"*, o en otras palabras, concreto, particular o con incidencia económica, en el entendido de excluir móviles abstractos o generales de protección del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, sobre el *"interés directo"* el Consejo de Estado, en sentencia de marzo 6 de 2003, manifestó:

"El demandante afirmó que se presenta la nulidad del acto de selección del contratista y la absoluta del contrato prevista en el artículo 78 del decreto 222 de 1983, porque se contravinieron normas del derecho positivo. A efectos de resolver estas pretensiones la Sala encuentra procedente analizar, previamente, lo relativo al interés jurídico para demandar la nulidad del contrato, toda vez que a juicio del Tribunal, el actor carece del mismo porque no participó en el procedimiento de escogencia del contratista. La exigencia legal de un interés jurídico para demandar la nulidad del contrato, se traduce en que el demandante debe actuar movido por un interés directo y particular, no motivado por el interés de mantener el orden jurídico. El interés que exige el Código Contencioso Administrativo no radica únicamente en el licitante u oferente vencido en el

proceso de selección del contratista; el interés se predica respecto de cualquiera que demuestre un interés concreto, particular 'de sentido o incidencia económica' en la existencia del contrato (...)"³².

Por consiguiente, cualquier persona que demuestre un interés directo, sin importar su condición o no de proponente, puede ejercer la acción contractual para impugnar la validez de los actos precontractuales o el contrato. En este sentido, dada la amplitud de los supuestos de legitimación por activa de la acción contractual, no existe argumento alguno que permita sostener que la acción de tutela debe prosperar de manera definitiva, pues es claro que el ordenamiento jurídico otorga los instrumentos legales suficientes para controvertir la validez de los actos precontractuales que lesionen o vulneren los derechos fundamentales.

23. Ahora bien, el hecho de que no proceda por regla general la acción de tutela contra el pliego de condiciones, así como frente a los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, no significa que la acción de amparo constitucional en ningún caso prospere en el ámbito de la contratación estatal. Por el contrario, esta Corporación ha reconocido la viabilidad de la citada acción, entre otras, en los casos de imposición de sanciones a los contratistas, cuando a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, se demuestra de manera clara la violación de un derecho fundamental y la existencia de un perjuicio irremediable, concreto y específico, sobre el mismo. En todo caso, en esta hipótesis, como lo ha reconocido este Tribunal, el juez de tutela no puede convertirse en el juez del contrato, en la medida en que carece de competencia para resolver el conflicto planteado en el ámbito puramente legal, esto es, en relación con la *"interpretación y aplicación de la ley contractual"*³³, pues sus

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de marzo de 2003, radicación No. 12.430. En idéntico sentido, en providencia del 16 de enero de 2003, el citado Tribunal sostuvo: *"En vigencia de la Ley 446 de 1998, se observa que frente a los actos previos de carácter precontractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Celebrado el contrato, la única posibilidad para impugnar los actos previos es solicitar la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la nulidad de aquellos, en ejercicio de la acción contractual. Sin embargo, la misma ley prevé que para ejercer la acción deberá acreditarse la legitimación, así: cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo. En el caso particular, lo cierto es que la demandante no participó en el proceso de selección y por lo tanto, carecía de interés jurídico para actuar. No obstante, la adquisición del pliego y la presentación de propuesta no es la única forma de determinar el interés en un proceso licitatorio, y por tanto la de legitimarse para demandar el contrato. La firma demandante tuvo la posibilidad de demandar los actos previos en ejercicio de la acción de simple nulidad, y dentro de los 30 siguientes a la publicación, notificación o comunicación, lo cual no ocurrió en el caso concreto. Por lo tanto perdió la posibilidad de cuestionar en vía judicial el proceso de selección y el acto de adjudicación, más no así la de demandar el contrato como tal, a través de la acción constitucional que ejerció. De otra parte, y a lo que se ciñe el asunto, la empresa demandante sostuvo que intentó participar en el proceso de selección, y si bien no existe prueba que haya adquirido el pliego de condiciones para ello, si existe respecto de su decisión, no solo en adquirir el pliego, sino de presentar la propuesta. Así las cosas, queda evidente el interés manifestado por la sociedad COLGRABAR LTDA., para participar en la licitación 0015 de 2000, y en consecuencia, surge la legitimación de la misma empresa para demandar a través de la acción contractual el contrato con el culminó dicho trámite administrativo"* (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de enero de 2003, radicación No. 21.118). De igual manera, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de junio de 2003, radicación 23.056; Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta última providencia, se citó el siguiente fallo del Consejo de Estado, que igualmente resulta aplicable al tema objeto de controversia, en los siguientes apartes: *"En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial. Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica. Está acreditado dentro del proceso que la sociedad demandante no presentó propuesta en la licitación pública nacional, para la prestación del servicio de vigilancia en los sectores VI y VII en los que centra la irregularidad del acto administrativo contenido en el acta N° 1173 del 6 de noviembre de 1991 para pedir su nulidad, que adjudicó dichos sectores a la empresa Dincolvip Ltda., la cual según la demanda no tenía en ese momento licencia de funcionamiento del Ministerio de Defensa para operarlos. En el evento de que esta circunstancia se analizara y prosperara para efectos de considerar ilegal la adjudicación, que beneficio reportaría al demandante si no presentó propuesta para la prestación del servicio en estas zonas?. El texto original del artículo 87 que traía el Decreto Ley 01 de 1984, ya hacía referencia a que podía intentar la nulidad del contrato "quien demuestre 'interés directo' en el contrato", presupuesto que se mantiene después de su modificación por el artículo 32 de la ley 446 de 1998. Se hace si la salvedad, que si bien es cierto la ley 80 de 1993 - Estatuto de la Contratación Estatal - estableció en el art. 45 que la nulidad absoluta del contrato estatal podía alegarse "por cualquier persona", convirtiéndola en una acción pública de legalidad, dicha situación fue temporal, ya que con la ley 446 de 1998 se volvió al sistema general del código, al asignar la titularidad de la acción a "cualquier tercero que acredite un 'interés directo' para pedir que la nulidad se declare. En estas condiciones, hoy la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato en virtud del acuerdo de voluntades que surge entre la entidad estatal y la persona natural o jurídica para la realización de la labor encomendada que genera derecho y obligaciones recíprocas. La posee también el Ministerio Público como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa (art. 277 núm. 7 Constitución Política) y por atribución que le otorgara antes la ley 50 de 1936 en los eventos de objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley. De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán 'interés directo' en que se declare la nulidad del contrato cuando este se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal"*.

³³ Sentencia SU-219 de 2003, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y Auto 100 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

atribuciones constitucionales, sin lugar a dudas, se concretan en la protección de los derechos fundamentales (C.P. arts. 86 y 241), asumiendo, en consecuencia, el rol de juez de los derechos³⁴.

En este contexto, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003³⁵, ese Tribunal se pronunció acerca de una acción de tutela promovida por las sociedades que hacían parte de la compañía COMMSA S.A., a quienes, durante la ejecución de un contrato estatal de concesión, se les impuso por parte del INVIAS la sanción de “inhabilidad” para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, con posterioridad a la declaratoria de caducidad y terminación del mencionado contrato. Según se manifestó, en aquella ocasión, la inhabilidad impuesta no se profirió expresamente en la misma resolución a través de la cual se decretó la caducidad, sino en el acto administrativo que dio respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la misma. En criterio de los accionantes, con dicho comportamiento, se les desconoció el derecho fundamental al debido proceso, pues para poder ejercer su derecho de defensa, la inhabilidad debió decretarse desde el primer acto administrativo, y no en el que se resolvió el recurso en la vía gubernativa.

Luego de realizar unas breves consideraciones acerca de la procedencia de la acción de tutela para lograr, de forma temporal y excepcional, la inaplicación de un acto administrativo de contenido particular y concreto³⁶, esta Corporación concluyó que a pesar de existir otros medios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir la validez de la resolución a través de la cual se les impuso la inhabilidad, y de poder, además, en el trámite de los mismos solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo; la acción de tutela resultaba procedente como mecanismo transitorio de defensa judicial, para proteger el derecho fundamental al debido proceso -el cual se consideró vulnerado por la actuación del INVIAS-, pues se estaba en presencia de un perjuicio irremediable que requería la adopción de medidas urgentes e impostergables, consistente en la “*reducción prácticamente total del ámbito [de] capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes*”.³⁷

Obsérvese como, en el caso objeto de análisis, esa Corporación admitió la prosperidad del amparo constitucional, aun a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial y de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto, en consideración a las siguientes razones: (i) La controversia sometida a su decisión no se limitaba a plantear un problema de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos, sino que envolvía un asunto de trascendencia constitucional; (ii) El origen de la vulneración alegada se presentó en un acto administrativo “*poscontractual*” cuyos efectos tenían un alcance personal y concreto sobre los derechos fundamentales de los accionantes, en especial, frente al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14)³⁸; (iii) Estos, a su vez, demostraron

³⁴ Sentencia SU-219 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-337 de 2005. (M.P. Jaime Araújo Rentería)

³⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶ Sentencia T-440 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁷ En este contexto, la Corte señaló: “(...) la procedencia de la tutela se encuentra condicionada a que el conflicto planteado trascienda el ámbito puramente legal, sobre la interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata. (...) Es así como a partir del análisis de las causas invocadas y los fines inherentes a cada mecanismo, es que se debe establecer cuál de ellos es procedente e idóneo, o planteado de otra manera, en lo que atañe a la tutela, debe verificarse si las causas aludidas por los accionantes vulneran sus derechos fundamentales. (...) De conformidad con lo anterior, la Corte considera necesario hacer un recuento de los supuestos fácticos que dieron origen a la presentación de las tutelas revisadas, para concluir en la clara vulneración de los derechos fundamentales de las accionantes y en la trascendencia constitucional de la controversia planteada. (...) La conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos, sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del juez de tutela. Perjuicio irremediable que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para “la participación en licitaciones y/o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y/o cualquier otro sistema”. (...) La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo. (...) Las anteriores decisiones se mantendrán en firme hasta tanto la jurisdicción contenciosa decida de manera definitiva la controversia planteada”.

³⁸ Expresamente, la Corte manifestó: “Antes de abordar esta cuestión constata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C. P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado”.

que las consecuencias jurídicas del acto sometido a revisión, conducían a la pérdida total de su capacidad jurídica, lo que se traducía en claro perjuicio irremediable para el ejercicio del citado derecho fundamental³⁹; (iv) No se trató entonces de un amparo otorgado por la simple limitación, restricción o regulación de un derecho, o por el señalamiento de las condiciones generales o abstractas que permiten su desarrollo, como ocurre con el acto que contiene el pliego de condiciones, sino por la efectiva demostración de la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental.

24. En conclusión, es claro que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, como lo es, el acto que contiene el pliego de condiciones, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales resultan idóneas y suficientes para otorgar una protección integral y eficaz a los derechos comprometidos, siempre que no se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el cual además de ser personal, exige su demostración de manera concreta, específica y con repercusiones sobre garantías *ius fundamentales*, para permitir conceder el amparo tutelar de manera transitoria, aun a pesar de tener la posibilidad solicitar -en el trámite de las citadas acciones- la suspensión provisional de los actos administrativos.

Conforme los parámetros jurisprudenciales enunciados, considera el Despacho que el medio de control constitucional de la referencia no satisface el presente requisito de procedibilidad de la acción soportado también en las consideraciones fácticas y jurídicas que se expondrán en el acápite subsiguiente.

CASO CONCRETO

El procedimiento adelantado por la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. 472 para llevar a cabo el proceso de licitación pública No.001 de 2019 donde participó en calidad de único oferente la empresa acá accionante Seguridad Atlas LTDA. consistió:

- 1.- A través de documento del 23 de febrero de 2019 se suscribió el Estudio de Conveniencia y Oportunidad a solicitud de la Dirección Nacional de Seguridad Postal de 472 concluyendo que ante la necesidad apremiante, se hacía necesario adelantar el proceso precontractual y contractual pertinente para la obtención del servicio en mención y de esta manera dar solución a la necesidad de garantizar la seguridad y vigilancia de personas, instalaciones, materiales y equipos, ha estimado la necesidad de contar con Recursos Humanos, Técnicos y Tecnológicos capacitados debidamente para cubrir las áreas estratégicas en nuestras dependencias, de allí la importancia de disponer de un cuerpo de Vigilancia de acuerdo a las necesidades propias de la Entidad⁴⁰.
- 2.- El 25 de enero de 2019 se publicó el pliego de condiciones y anexos del proceso de Convocatoria Pública No. 001 de 2019 (fls.19-50), cuyo objeto es: *“Prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada con armas, sin armas y apoyo con medios tecnológicos, de los bienes muebles e inmuebles, que conforman las sedes, e intereses patrimoniales de Servicios Postales Nacionales y de todos aquellos de los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable”*, en la página de la entidad www.472.com.co, determinando como cronograma del proceso en el numeral 1.14, el siguiente:

CRONOGRAMA CONVOCATORIA PÚBLICA No. SEGURIDAD		LUGAR DE LA ACTIVIDAD
ACTIVIDAD	FECHA	
AVISO DE PRENSA Y PAGINA WEB	25 de Enero de 2019	Diario de amplia circulación
PUBLICACIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES Y ANEXOS	25 de Enero de 2019	www.4-72.com.co
APERTURA DE LA CONVOCATORIA	31 de Enero de 2019	www.4-72.com.co
FECHA LÍMITE PARA PRESENTAR OBSERVACIONES	01 de Febrero de 2019	Diagonal 25G No.95 A – 55. Oficina de correspondencia y/o email contratacion@4- 72.com.co hasta las 10.00 a.m.

³⁹ Así se señaló en la citada providencia: *“Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”*.
⁴⁰ <https://www.4-72.com.co/content/convocatoria-p%C3%A9blica-no-001-de-2019-seguridad>

Accionada: Servicios Postales Nacionales S.A. 472
Accionante: Seguridad Atlas LTDA.
Derechos Invocados: debido proceso - igualdad
Radicado: 110013335-017-2019-00072-00
JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.

PUBLICACIÓN DEL ESCRITO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS	05 de febrero de 2019	www.4-72.com.co
CIERRE DE LA CONVOCATORIA (PLAZO PARA PRESENTAR PROPUESTAS)	Hasta las 11:00 a.m. del 08 de Febrero de 2019	Diagonal 25G No.95 A – 55 - Sala Correo de Indias o Auditorio de la Entidad.
EVALUACIÓN DE PROPUESTAS	08 al 12 de Febrero de 2019	Diagonal 25G No.95 A – 55.
PLAZO PARA SUBSANAR	Hasta las 05:00 p.m del 13 de Febrero 2019.	Diagonal 25G No.95 A – 55. Oficina de correspondencia y/o email contratacion@4- 72.com.co
PUBLICACION Y TRASLADO EVALUACIÓN PROPUESTAS	14 al 18 de Febrero de 2019	www.4-72.com.co Hasta las 05.00 p.m. del ultimo día.
AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN	21 de Febrero de 2019 a las 10:00 a.m.	Diagonal 25G No.95 A – 55 - Sala Correo de Indias o Auditorio de la Entidad.

3.- El 31 de enero de 2019 se expidió el acto de apertura formal de la convocatoria pública N° 001 de 2019 (fls.51-52)⁴¹

4.- Servicios Postales Nacionales S.A. 472 una vez recibió las preguntas y observaciones al pliego profirió adenda No.001 el 5 de febrero de 2019 Modificando el Numeral 2.3 “Condiciones Financieras”, el Anexo N° 03 “Oferta Económica” y aclarando I Literal H “Servicios Técnicos para los Sistemas de Seguridad Electrónica” del Numeral 1.29 de las Especificaciones Técnicas, Cantidades, Calidades del Bien y/o Servicio a Contratar de Obligatorio Cumplimiento del Pliego de Condiciones de la Convocatoria Pública N° 001 de 2019 (fl.83)

5.- El día programado 8 de febrero de 2019 se dio el cierre del proceso y la apertura de las ofertas, con la novedad de que solo se presentó un proponente Seguridad Atlas LTDA. con un valor total de la propuesta de \$3.309.279.435 (fl.53)

6.- El día 11 de febrero de 2019, se suspendió el proceso para hacer necesario la revisión y cotejo de las observaciones formuladas por el peticionario La Magdalena Seguridad LTDA y de la Red Ver - Red de Veedurias Ciudadanas de Colombia, determinando además oficiar a la Procuraduría General de la nación para solicitar un acompañamiento preventivo al proceso, y a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para lo de su competencia y, disponiendo reanudar una vez surtidas las acciones de prevención y vigilancia realizadas por la entidad (fls.54-65)

7.- Servicios Postales Nacionales S.A. 472 el 22 de febrero del año en curso determinó reanudar el proceso de contratación en razón a la necesidad de la entidad de contratar el objeto descrito (fl.79) determinando en consecuencia modificar el cronograma mediante Adenda No.002, quedando así:

CRONOGRAMA CONVOCATORIA PUBLICA No. SEGURIDAD		LUGAR DE LA ACTIVIDAD
ACTIVIDAD	FECHA	
EVALUACIÓN DE PROPUESTAS	25 y 26 de Febrero de 2019	Diagonal 25G No.95 A – 55.
PUBLICACION Y TRASLADO EVALUACIÓN PROPUESTAS	27,28 de Febrero y 01 de Marzo de 2019	www.4-72.com.co Hasta las 05.00 p.m. del ultimo día.
AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN	04 de Marzo de 2019 a las 10:00 a.m.	Diagonal 25G No.95 A – 55 -Sala Correo de Indias o Auditorio de la Entidad.

8.- Con fecha 25 de febrero se llevaron a cabo las evaluaciones jurídica, financiera y técnica de seguridad de la oferta del único proponente que se presentó al proceso los cuales se publicaron y se concedió el término de tres días para pronunciarse sobre estas, ante lo cual la empresa accionante formuló sus observaciones pues de la evaluación se había determinado rechazo por razones técnicas frente a la propuesta económica que no se ajusta a lo contemplado en el pliego de condiciones⁴².

9.- Finalmente, en audiencia pública que contó con la presencia del director comercial, juridico y el apoderado de la aquí accionante Seguridad Atlas LTDA. la entidad Servicios Postales Nacionales

⁴¹ <https://www.4-72.com.co/content/convocatoria-p%C3%BAblica-no-001-de-2019-seguridad>

⁴² Ibidem.

S.A. 472 dio respuesta a las observaciones del proponente frente a las evaluaciones y con base en el pliego de condiciones determinó declarar desierto el proceso de Convocatoria Pública No. 001 de 2019⁴³

La acción de tutela en el caso concreto es improcedente porque **1)** no se acredita una actuación **irrazonable o desproporcionada**⁴⁴ de la entidad accionada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, en tanto, de acuerdo al procedimiento administrativo pre contractual adelantado y debidamente publicado, éste se llevó a cabo bajo los presupuestos normativos pre establecidos, por la autoridad competente garantizando el derecho de audiencia y defensa frente a cada decisión, lo que se observa con la publicidad de todos los actos en la página de la Convocatoria Pública No. 001 de 2019 y las oportunidades dadas a la accionante para pronunciarse frente a las decisiones de 472 a través de su representante legal (fls.66-71 <https://www.4-72.com.co/content/convocatoria-p%C3%BAblica-no-001-de-2019-seguridad>).

Como se extrae de los acápites precedentes, en virtud del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, **2)** la accionante cuenta con los **mecanismos idóneos** para lograr el amparo de sus derechos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en donde puede solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes para no hacer nugatorios los efectos de la sentencia o evitar un perjuicio irremediable⁴⁵.

La Corte Constitucional en ocasiones anteriores ha considerado que *“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*⁴⁶.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ No obstante lo anterior, también se ha precisado que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber, cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional. Cfr. Sentencia SU-617 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

⁴⁵ Corte Constitucional Sala tercera de Decisión Sentencia T-405 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ, Referencia: Expediente T-6 579.687, Acción de tutela instaurada por el señor Edgar Mauricio Lozano Gómez contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Seccional Barrancabermeja

⁴⁶ Corte Constitucional Sala Novena de Revisión Sentencia T-480 trece (13) junio de dos mil once (2011), Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGA SILVA, Referencia: expediente T- 2972157, Acción de tutela promovida por Diego Bejarano Daza, apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; en la que además se señaló: *“En efecto, 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. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”*

Por último, **3)** no se prueba⁴⁷ que la decisión de la autoridad administrativa haya creado un **perjuicio irremediable**⁴⁸ que habilite un pronunciamiento de fondo en sede constitucional al menos como mecanismo transitorio, el cual debe ser de tal magnitud que pueda afectar su existencia⁴⁹ pues la simple manifestación no es suficiente para justificar la procedencia del amparo solicitado.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008⁵⁰, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”*.

Destacándose que en el caso concreto con fecha 4 de marzo de 2019 se declaró desierto el proceso licitatorio acá expuesto al considerar que la oferta del único proponente Seguridad Atlas LTDA. debía ser rechazada por razones técnicas frente a la propuesta económica que no se ajusta a lo contemplado en el pliego de condiciones, norma que rige el proceso y es de obligatorio acatamiento para todas las partes; es de resaltar también que la decisión de declaratoria de desierto puede ser atacada en las instancias judiciales enunciadas en el acápite de consideraciones.

Como quiera que no acredita por lo menos dos de los requisitos de procedibilidad, no se realiza un estudio de fondo, pues como se mencionó con anterioridad la jurisdicción contencioso administrativa será quien decida la procedencia o no de la nulidad del acto demandado con su correspondiente restablecimiento del derecho, como medio de control eficaz para garantizar la protección de los derechos vulnerados al actor y, ante la ausencia de un perjuicio irremediable o de la demostración de una actuación *irrazonable* o *desproporcionada* de la administración, los mencionados mecanismos de defensa desplazan al juez constitucional, deviniendo así el presente control de tutela improcedente.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela de los derechos fundamentales invocados por la accionante Seguridad Atlas LTDA., de conformidad con la parte motiva de la providencia.

⁴⁷ La Corte ha señalado en reiterada jurisprudencia que la decisión judicial *“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”*. Ver sentencia T 298 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo) En este caso el accionante argumenta que la incorporación de su hijo a prestar servicio militar viola sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 11, 13, 23 y 29 de la Constitución Política, pues la salud de aquel se encuentra afectada por padecer enfermedades relacionadas con la glicemia, colesterol y un soplo cardíaco. No obstante, estas presuntas afectaciones en la salud del menor fueron desvirtuadas mediante los exámenes practicados por personal calificado que presta sus servicios en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por lo que ante la ausencia de pruebas que confirmaran los hechos expuestos en la tutela se declaró improcedente el amparo solicitado. También en Sentencia T-835 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se estudió la procedencia del pago de la prima de calor que solicitaba el actor, no obstante que la solicitud de amparo tenía como único fundamento su afirmación, pues no sólo no existían pruebas que apoyaran su pretensión sino que el actor no aportó datos concretos que le permitieran al juez constitucional evidenciar la vulneración del derecho a la igualdad. Por lo cual, se declaró improcedente la tutela. Finalmente, en Sentencia T 131 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto) se decidió no tutelar los derechos del accionante, quien en calidad de funcionario judicial (Oficial mayor del Juzgado 1º Civil Municipal de Tumaco), solicitaba que se ampararan sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la decisión de un despacho judicial de otra ciudad distinta de la que laboraba, de no aceptar un traslado que había solicitado con el fin de estar cerca de su núcleo familiar. En este caso, la Corte decide negar la tutela por cuanto el actor omitió injustificadamente su carga de probar lo manifestado en el escrito tutelar.

⁴⁸ Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio del máximo Tribunal Constitucional, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser *grave*, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico de una persona, y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser *impostergable*, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. Veanse, entre otras, Corte Constitucional las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

⁴⁹ Es calificado como de tal entidad que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra, en este caso, la persona jurídica, es inminente e inevitable la **destrucción grave** de un bien jurídicamente protegido que abriga un potencial daño que **no podría ser reparado**, de manera que urge la protección inmediata e impostergable.

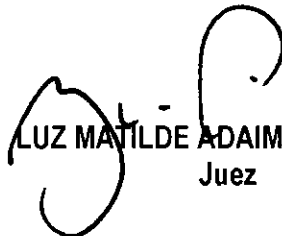
⁵⁰ Corte Constitucional M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Accionada: Servicios Postales Nacionales S.A. 472
Accionante: Seguridad Atlas LTDA.
Derechos Invocados: debido proceso - igualdad
Radicado: 110013335-017-2019-00072-00
JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHIVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

20