

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PROMISCO MU NICIPAL DE LA JAGUA DE IBIRICO  
(CESAR)

La Jagua de Ibirico - Cesar, Veintitrés (23) de febrero del Dos Mil Veinte dos (2022)

Ref. No.: T-2022-00053

ACCIÓN DE TUTELA: "DEBIDO PROCESO"

ACCIONANTE: CONSORCIO MONTERUBIO

APODERADO: ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS

ACCIONADO: MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO

La empresa CONSORCIO MONTERUBIO, a través de apoderado judicial, el Dr. ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS instauró ACCION DE TUTELA en contra del MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO, el accionante manifiesta que las accionadas le han vulnerado los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, DEFENSA Y A LA IGUALDAD, acción que fundamenta en los siguientes:

HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCION

Manifiesta el accionante que, el día 15 de octubre de 2021 a través de la Resolución No. 249 de fecha 8 de octubre de 2021, el municipio de la jagua de Ibirico, Ordeno la apertura de la licitación Publica No. AMJI LP 023 De 2021, para la selección del contratista encargado de ejecutar el contrato de obra cuyo objeto es la ADECUACION Y CONSTRCCUION DE LA VIA SORORIA BAJO Y DEPARTAMENTO DEL CESAR, Por el valor de (5.917.618.871,61), estableciéndose mediante la agenda No 2 que el plazo máximo para presentar propuestas, a través de la plataforma SECOP II, sería el día 15 de octubre de 2021, procediendo ese día a realizar el cierre del proceso de selección y apertura del sobre No1-Requisitos habilitantes a través de la cual se presentaron, Veinticuatro (24) propuestas, Dentro de las 24 propuestas, se presentó la oferta del CONSORCIO MONTERUBIO, conformado por 2 integrantes como persona natural el señor ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS y como persona jurídica INGIENIERIA COLOMBIANA MONTERUBIO S.A.S.

En este mismo orden de ideas exterioriza el actor que, el día 9 Diciembre de 2021, el municipio de La Jagua de Ibirico procedió a publicar el informe de evaluación preliminar y que en dicha evaluación el comité evaluador de la entidad contratante con relación al consorcio Monterubio, determino, En cuanto al requisito habilitante al formato 1- Carta de presentación de las ofertas- *"No describe la composición accionaria en el formato 1- Carta de presentación de la oferta para la individual persona jurídica nacional"* y en cuanto a la existencia y representación legal determino: *"Que para efectos de la evaluación, este plazo será contado a partir de la fecha del cierre del proceso de contratación, Una vigilancia indefinida, Situación que significa que dicha sociedad puede ser liquidada por sus socios en cualquier tiempo, aun antes del plazo del contrato y en un año adicional, contados a partir de la fecha del cierre del proceso de contratación"* así mismo y referente a la verificación de requisitos técnicos habilitantes – experiencia del proponente, se determinó que no cumplía: *"En los contratos aportados por el proponente en el formato 3 – Experiencia en esa relación se obtiene lo siguiente. En la experiencia No. 01 aporta certificación de experiencia, no se aporta ni el acta de inicio, ni liquidación, acta final, ni recibo de obras. En la experiencia No. 02 El proponente aporta certificación de experiencia, no se aporta ni el acta de inicio, ni liquidación, acta final, ni recibo de obra"*, y por último que en cuanto a la verificación de la capacidad residual, determinó que no cumple, colocándose en el informe de evaluación preliminar el cual se puede verificar en la imagen anexada en la tutela (vista a folio 4).

Declara el demandante que, como consecuencia de lo manifestado y con fundamento en la ley 1882-2018, dentro del término para realizar observaciones al informe de evaluación, procedieron a subsanar y aclarar cada uno de los documentos requeridos en el informe de evaluación preliminar, solicitándose de esta manera que se declara hábil la propuesta presentada, de igual manera manifiesta el accionante que es de suma importancia señalar, que dentro del término para subsanar y realizar observaciones al informe preliminar, se procedió a subsanar por parte del proponente Consorcio Monterubio de conformidad a las observaciones realizadas en el informe de evaluación preliminar aclarándose que en el formato 1- en la Carta de representación de la oferta, se había diligenciado en debida forma la composición accionaria de la persona jurídica, dando cumplimiento a lo determinado en el pliego de condiciones, En cuanto a la existencia y representación legal, se procedió aportar acta No. MR-05-

*J. Beristain*

2021 de la junta de socios, la cual fue suscrita el 20 de octubre de 2021, donde se acordó por la junta el compromiso que la empresa INGENIERIA COLOMBIANA MONTERUBIO S.A.S y que tendrá durante una duración de mínima de por lo menos la ejecución del contrato de obra producto del proceso de contratación de un año más, considerando que era un documento que no otorgaba porcentaje el cual era objeto de subsanación o aclaración, en virtud de lo anterior y que el acta había sido elaborada antes del vencimiento para presentar ofertas, teniendo en cuenta que, por ese extremo se tenía conocimiento de la posición que había adoptado la entidad, en relación a esta circunstancia contratante del proceso en el cual se había adelantado con anterioridad No AMJI LP 017 DE 2019.

En consideración el accionante manifiesta que, procedió a demostrarle a la accionada que su actuar era improcedente, en síntesis, porque estaría alterando los pliegos tipos, puesto que está introduciendo un nuevo requisito habilitante en el aspecto jurídico, en sostener a una persona jurídica que tuviese una vigencia indefinida y que la accionada no cumple con el plazo que se exige en el pliego de condiciones, esto con el término de ejecución del contrato y un año más, argumentando que al tener una vigencia indefinida, dicha sociedad puede ser liquidada por sus socios en cualquier tiempo, aun antes del plazo del contrato y un año adicional, situación fáctica que considera es vulneraria de los derechos constitucionales y principios que rigen la contratación pública, afectando de esta manera los parámetros neutrales de escogencia del contratista y se está resquebrando el principio de igualdad.

En cuanto a la verificación técnica manifiesta el accionante que, en lo referente a documentos válidos para la acreditación de la experiencia requerida, procedió aportar lo solicitado por el comité evaluador y a su vez se señalaron los inconformismo respecto a esta causal de inadmisibile, en el sentido, que el pliego de condiciones en el numeral 3.5.6 DOCUMENTOS VALIDOS PARA LA ACREDITACION DE LA EXPERIENCIA REQUERIDA, determina que se pueden aportar uno (1), o varios documentos que contenga la información requerida en el Numeral 3.5.5 y no exige que deben aportarse todos los documentos para efecto de acreditar la experiencia requerida, tal como lo solicito el comité evaluador en el informe de evaluación preliminar, En cuanto a la capacidad Residual, descendió aclarar al comité evaluador, que se está calculando de manera equivocada la misma, exponiéndose que el error que tienen, es que toman el mejor ingreso operacional del accionante que son 1.986.014.216 (el cual corresponde a otro integrante que conforma el consorcio, esto es la persona jurídica Ingeniería Colombia Monterubio S.A.S, para la vigencia del 2020), destacando que el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años del integrante persona natural ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS, corresponden a 7.520.240.000, como se demuestra en los estados financieros para la vigencia 2020 del integrante, el cual se vislumbra a folio 127 del archivo denominado DOCUMENTOS CAPACIDAD RESIDUAL - CONSORCIO MONTERUBIO, aportado en la propuesta que la entidad no está tomando el valor de la capacidad operacional que le corresponde al accionante.

Indica el querellante que, posteriormente el día 18 de febrero de presente año (2022), la Alcaldía municipal (accionada), procedió a publicar el informe de evaluación final y respuestas a las observaciones realizadas por los ofertantes, dentro de dicha evaluación y respuestas a las observaciones el comité evaluador del municipio, relaciona los documentos que fueron exigidos en el informe de evaluación preliminar y que dicho requisito jurídico, del formato 1 – que la Carta de representación de la oferta se dio por satisfecho el documento, lo cual se puede vislumbrar en las respuestas a las observaciones realizadas por la entidad, de igual manera que en cuanto al requisito jurídico de existencia y representación legal en el informe final de evaluación determino: que *“la persona jurídica integrante del consorcio presenta duración indefinida lo cual no garantiza que la duración no será inferior a la ejecución del contrato y un año más, es decir que la entidad no cumple con la exigencia del pliego en la vigencia exigida a las personas jurídicas, no acredito”*, así mismo indica que, en las respuestas a las observaciones presentadas precisaron, *“Que en el caso particular se presenta certificado de vigencia del accionista de fecha 20 de octubre de 2021, la autorización de la vigencia de la sociedad que es el hecho, ocurre posterior a la presentación de la oferta”*, en cuanto al requisito de experiencia habilitante, consideran que se dio por satisfecho dicho documento, lo cual se puede avizorar en las respuestas a las observancias realizadas por la entidad y en lo que tiene que ver con en el informe final de evaluación, el requisito de capacidad residual, la entidad se mantuvo en los argumentos expuestos en el informe preliminar de evaluación, determinando que el CONSORCIO MONTERUBIO no cumple con dicho requisito habitante, es así que el ente territorial, determino que dicho consorcio antes mencionado no se encuentra habilitado en criterio de capacidad jurídica y de capacidad residual, por las razones expuestas con anterioridad.

A manera de conclusión manifiesta la accionante que, dentro del informe final de evaluación publicado por la entidad, se puede observar que el proponente No 09- AZUL CONSTRUCCION Y MINERIA S.A.S, en el informe preliminar expuso los mismos argumentos dentro del requisito jurídico de existencia y representación legal, dentro del término de subsanación, este proponente aporta Acta No 5 de 2021 de fecha 15 de octubre 2021, a través de la cual se comprometen que la

sociedad **AZUL CONSTRUCCION Y MINERIA S.A.S**, tendrá una duración mínima de por lo menos la ejecución del contrato de obra producto del proceso de contratación y un año más, y por parte de la accionada se procedió a dar por subsanada dicho requisito y proceder habilitar al proponente por este criterio, en relación con los elementos facticos de la hoy accionada, consideran que presenta una contradicción con el proponente **AZUL CONSTRUCCIONES Y MINERIA S.A.S**, al **CONSORCIO MONTERUBIO**, ya que la entidad acreditó que esta sociedad no acreditaba dicho requisito, lo que resulta vulnerable al derecho a la igualdad y el debido proceso.

### PETICION

PRIMERO: Que se le ampare el derecho fundamental al debido proceso e igualdad y cualquier otro que este se encuentre afectado, de conformidad a las situación fáctica y jurídica puesta de presente en la acción constitucional, como en consecuencia de lo manifestado anteriormente.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la decisión adoptada por el comité evaluador dentro del informe de evaluación final en relación al criterio de capacidad jurídica y capacidad residual, en razón a que el comité evaluador desconoció el ordenamiento jurídico colombiano, afectando los intereses del Ofertante.

TERCERO: Se ordene a la entidad tutelada a declarar habilitado al **CONSORCIO MONTERUBIO**, en el criterio de capacidad jurídica y capacidad residual, teniendo en cuenta que cumplió con cada una de las exigencias solicitadas en el pliego de condiciones y en consecuencia se proceda a realizar la evaluación de los criterios de ponderación y asignación de puntaje de los factores diferentes a la oferta económica.

### ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha Diez (10) de Febrero del Dos Mil Veinte Dos (2022) se admitió, impartándose el trámite legal señalado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, para lo cual se corrió traslado a la accionada por el término de tres (3) días a fin de que rindiera informe sobre los hechos planteados por la actora. Notificándose al accionante, a la accionada y a la Personera Municipal.

### RESPUESTA DEL MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO

Manifiesta el accionado que, el accionante presenta acta de junta de socios de fecha 20 de octubre observación que será aceptada durante el trámite para determinar si es susceptible de subsanación y posteriormente se decida de fondo, de igual manera que, el ofertante procedió a subsanar y aclarar de forma insuficiente falta e inconsistencia, inclusive que se puede determinar con los documentos que forman parte integral de su oferta, que existe una presunta falsedad y evidencia de ello sería que, el integrante **INGENIERIA COLOMBIA MONTEERRUBIO S.A.S**, presenta certificado de existencia y representación legal con fecha de matrícula 2 de diciembre de 2020 y al mismo tiempo presenta estados financieros de fecha a corte de 31 de diciembre de 2019; flujo de efectivo a corte 31 de diciembre 2018 y 2020, estado cambio de patrimonio a corte 31 de diciembre de 2020 y nota de estados financieros acorte 31 de diciembre de 2020, considerando que, este integrante por ser persona jurídica nacional, refleja según su certificado de existencia y representación legal que, su nacimiento es posterior a la información suministrada, a su vez como anexo para determinar el cálculo de la capacidad residual este presenta estados financieros anteriores a la fecha en que fue creada, incurriendo en las causales de rechazo contempladas en el pliego de condiciones aplicables al caso concreto al integrante **INGENIERIA COLOMBIANA MONTEERRUBIO S.A.S**, *1.15 CAUSALES DE RECHAZO, E: que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para cumplir un requisito habilitante o aportándolos no lo haga de forma correcta, en los términos establecidos en la sección 1.6 H: que el proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posibilidad falsedad en los términos de la sección 1.11.*

En este mismo orden de ideas declara la accionada que, en relación a la exigencia establecidas en el inciso C literal I A numeral 3.3.2, se determinó que el proponente no garantiza la duración de las sociedades consorciadas con vigencia indefinida por el plazo del contrato y aun año más, no se acepta la subsanación, con fundamento en el inciso 2 párrafo 1 artículo 5 ley 1882 de 2018, "Durante el



*termino otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso".* Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez que presentada, en el caso de la subsanabilidad de las ofertas, consideran que una cosa es el requisito habitante o el elemento de la propuesta y la otra es su prueba. Razonando que, lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de la presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso (concepto CCE N Radicado 2202013000001555 03/03/2020) y que en el caso particular se presenta certificado de vigencia del accionista de fecha 20 de octubre de 2021, evidenciando que la autorización de la vigencia de la sociedad es un hecho que ocurre posterior a la presentación de la oferta del informe final de la evaluación, circunstancia obvia muy a pesar de que para la acreditación de la experiencia requerida, se aceptó la subsanación para la acreditación de la experiencia, sin embargo el cálculo de la capacidad residual del consorcio se ve afectado, por su integrante de la sociedad INGENIERIA COLOMBIANA MONTERRUBIO, ya que se determinó de manera automática que esta tiene muchos más de un año de ser creada y por ende su información financiera también es reciente (inferior a un año); la capacidad residual fue calculada de manera eficiente gracias a la herramienta de disponibilidad de Colombia compra eficiente, el aplicativo le asigna el umbral como se refleja en la imagen del presente informe, el cálculo suministrado esta errado, es posible que este suministrando la información financiera al programa de más de un año; no se habilitan en este criterio.

Para concluir manifiesta la accionada que, respecto al formato 1, si bien puede consultar el informe final, se evidencia que, fue aceptada la observación respecto a la composición accionaria, B), Respecto al aporte del acta N. MR-05-2021 de la junta de socios, indicando que, es un peticionario renuente, pues la respuesta se le dio indicando: *"Solicita no se asigna puntaje a los proponentes CONSORCIO VIAS LA JAGUA, CONSORCIO B Y A SORORIA y MARJAL S.A.S en la vinculación de personas con discapacidad, teniendo en cuenta que los proponentes aportó el FORMATO 8-VINCULACION DE PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD, el cual se encuentra firmado por el representante legal y debió ser firmado por el revisor fiscal, en razón a que, el integrante que aporta el discapacitado tiene revisor fiscal, y conforme lo indica el pliego de condiciones en el numeral 4.4, el formato 8 aportado no se encuentra suscrito en debida forma, razón a ello, se solicita a la entidad darle validez al numeral 4.4 del pliego de condiciones definitivo, y en consecuencia no asignarle puntaje por este criterio al ofertante, se sustenta en los conceptos emitidos por Colombia Compra Eficiente: El concepto- No Radicado: 2201913000009770 y C-019 de 2020-019 de 2002 y el concepto más reciente C. 196 De Colombia compra eficiente",* sin embargo manifiesta la accionada que revisó el concepto C. 019 de 2002 y el C-019 de 2020 emitido por Colombia compra eficiente, el cual describe lo regulado por el decreto 392 de 2018, evidenciando que en el caso de las personas jurídicas, habilita que la certificación puede ser suscrita por el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal en los casos que correspondan, que certifique el número total de los trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente, y, además ii) el certificado del ministerio de trabajo que acredite el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal; esto lo ratifica el formato 8 de pliegos tipo de infraestructura de transporte, considerando innegable que textualmente habilita la suscripción al representante legal o revisor fiscal sin distinción, en tal sentido considera la accionada que debería de ser, Nombre y firma de la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, ante lo cual la accionada razona que el sustento de la observación es no conceder el puntaje, con relación a los proponentes GRUPO EMPRESARIAL LEBANO S.A.S, CONSORCIO ZEBEDEO y SERVICIOS TECNICOS EN PROYECTOS SAS, no realizaron procedimiento teniendo en cuenta en que no se habilitaron y no han sido objeto de ponderación o asignación de puntaje.



## PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos a resolver son: ¿ Si según si los postulados vigentes se están vulnerando o no los derechos constitucionales al **DEBIDO PROCESO, DEFENSA Y A LA IGUALDAD** del accionante **ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS**, ¿por parte del **MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO**-?; ¿Si es la tutela el medio idóneo para ventilar las posibles vulneraciones a las que se refiere el accionante, o si por el contrario debe hacerse por la vía ordinaria?

## PRUEBAS RECAUDADAS

Las documentales acompañadas con la acción de tutela interpuesta por el actor y las presentadas en la respuesta de la parte accionada.

## CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

### Competencia

Este despacho es competente para conocer de la presente solicitud de Tutela por la calidad de la parte actora y la condición de la parte accionada, en desarrollo de los establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con lo señalado en el decreto 2591 de 1991 en su artículo 37, en concordancia con lo normado en los Decretos 1382 de 2000 y 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021.

### INMEDIATEZ

La jurisprudencia de la corte constitucional ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de -inmediatez, al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Ahora que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz, del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable.

En el caso sub examine se estima superado el presupuesto de la inmediatez por cuanto el actor solicitó el amparo en un término razonable, esto es, menos de seis meses después de ocurrido el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos invocados.

### Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la existencia de otro medio de defensa judicial

La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, tiene una naturaleza subsidiaria, en cuanto, por regla general, no puede intentarse cuando exista al alcance del interesado un medio de defensa judicial apto y eficaz para la defensa del derecho vulnerado o amenazado. Esto significa que la tutela es procedente cuando no existe otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho fundamental o cuando existiendo éste, no sea tan eficaz como ella para la protección de los derechos amenazados o vulnerados, de manera que la víctima se encuentre al borde de sufrir un perjuicio irremediable frente al cual la decisión del juez ordinario sería tardía e inocua. La jurisprudencia de la Corte ha sido consistente y reiterada en mantener este carácter, y por ello el estudio de su procedencia, en un caso determinado, parte por evaluar si el actor no contaba con otro instrumento jurídico apto para obtener la defensa efectiva del derecho o derechos invocados, toda vez que la misma no estaría llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenda sustituir los medios ordinarios de defensa<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ver entre otras las sentencias T-01 del 3 de abril de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-543 del 1 de octubre de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-203 del 26 de mayo de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-684 del 19 de noviembre de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-033 del 25 de enero de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Acorde con la voces del artículo 86 de La Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces de La República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actué en nombre, la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La acción de tutela es una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, en virtud de la cual es posible, mediante un procedimiento preferente y sumario, el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los poderes privados que puedan vulnerar los derechos fundamentales. Con el fin de satisfacer, al mismo tiempo, las características mencionadas, el legislador, en el artículo 6° del decreto 2591 de 1991, estableció las causales generales de improcedencia de la tutela.

Una de ellas es, existencia de otro mecanismo de defensa judicial, al indicar: "... Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable..."

Veamos ahora algunas reflexiones sobre la idoneidad y eficacia del recurso judicial alternativo. En efecto, según la Corte Constitucional, si bien la acción de tutela posee un carácter subsidiario frente a otros recursos de protección judicial, estos últimos no pueden ser de cualquier naturaleza.

En consecuencia, al estudiar la eventual procedencia el juez no puede limitarse a verificar si, formalmente, existe un recurso alternativo destinado a la protección del derecho. Su tarea es la de analizar, en cada caso, la idoneidad y eficacia del mismo para proteger el derecho fundamental eventualmente amenazado o vulnerado.

En efecto, desde su inicio, la Corte Constitucional ha sostenido que dado el carácter subsidiario de la tutela, debe entenderse que su objetivo no puede ser el de suplantar a los medios judiciales existentes. No obstante, teniendo en cuenta que de lo que se trata es de proteger efectivamente los derechos fundamentales, es necesario verificar, caso por caso, si la existencia de un medio alternativo resulta suficiente para proteger el derecho amenazado o vulnerado. En este sentido, si se comprueba que formalmente existe un medio judicial que pudiera servir para la protección del derecho fundamental, pero que desde el punto de vista sustancial el agotamiento de este recurso implica la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, el amparo constitucional es procedente. Al respecto señala la Corte:

"...Pero ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos.

En consecuencia, no tienen tal virtualidad los medios judiciales apenas teóricos o formales, pues según el artículo 228 de la Carta, en la administración de justicia debe prevalecer el Derecho sustancial.

Así las cosas, para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales."

No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado. En estos casos, por ejemplo, cuando quede demostrado el inminente peligro por la lentitud del proceso ordinario o por la incapacidad del juez para proferir la orden necesaria para proteger el derecho o por su resistencia a hacerlo, el juez constitucional puede y debe dar prioridad a la acción de tutela.

En resumen, la acción de tutela no es procedente cuando existe un medio alternativo idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental en el caso concreto. Cuando ello es así, la tutela solo es procedente para evitar un perjuicio irremediable.

Procede la acción de tutela cuando no existen otros medios o recursos de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, para lo cual debe



acreditarse que la decisión policiva contiene defectos factico o sustantivo, ya que las decisiones que se adoptan son funciones jurisdiccionales.

### **Improcedencia de la acción de tutela para revisar la etapa precontractual de un proceso de contratación estatal**

3. Como se sabe bien la acción de tutela es una acción subsidiaria y residual que sólo procede (1) cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados; o (2) cuando, pese a la existencia del otro mecanismo, se requiere la urgente protección para evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental. Según la Corte, para que pueda hablarse de la existencia de un perjuicio irremediable es necesario que concurren una serie de condiciones que se explican a continuación:

*“La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial<sup>[3][14]</sup>, siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, a saber: la inminencia, el cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y, la gravedad de los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales<sup>[4][15], [5]</sup>”*

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra<sup>[6][16]</sup>.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos precontractuales, la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, esta acción no resulta procedente. En efecto, para la controversia de tales actos existen recursos ordinarios que tienen la idoneidad de evitar la consumación de los perjuicios *iusfundamentales* que puedan encontrarse comprometidos en el proceso. Por su importancia para el presente caso la Sala reproducirá la doctrina sentada en la SU-713 de 2006 sobre la materia:

En particular en materia de contratos administrativos ha dicho la Corte:

***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)***

Esta 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 irremediable<sup>[7]</sup>.

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 contrato<sup>[8]</sup>.

(...)

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 formula 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?*

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 particulares<sup>[9]</sup>; 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).

(...)

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador<sup>[10]</sup>. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no les 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. A<sup>[11]</sup>.

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 esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la *regla de la subsidiaridad*, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.

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 verificar la constitucionalidad y legalidad de un precepto normativo.

(...)

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 irremediable<sup>[12]</sup>.

5. En virtud de la jurisprudencia transcrita es necesario afirmar que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, como por ejemplo el pliego de condiciones y sus respectivos adendas, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico. Según se explica en los apartes transcritos, la Corte encuentra que tales acciones resultan idóneas y eficaces para otorgar una protección integral de los derechos comprometidos en el proceso precontractual.

Sin embargo, si se llegare a demostrar la existencia de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, es decir, aquel perjuicio personal, concreto, específico y con evidente e irremediable repercusión sobre derechos fundamentales, sería procedente el amparo constitucional transitorio.

No basta entonces con indicar que el proceso amenaza la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación pública o el debido proceso administrativo. Como lo ha señalado la Corte, estos derechos son derechos relacionales que pueden ser adecuadamente protegidos a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial de los derechos sustanciales comprometidos. Salvo que se demuestre la eventual existencia de un perjuicio *iusfundamental* irremediable en las condiciones descritas.

Tampoco sería procedente la acción de tutela entonces para la defensa de derechos que no tienen rango fundamental como aquellos que se comprometen cuando se lesiona la libre competencia económica o cuando se afecta el patrimonio de quien se encuentra interesado en el proceso licitatorio. Para la defensa de este tipo de derechos existen otras acciones y jueces especializados que pueden resolver de manera más adecuada los conflictos planteados.

#### **Caso Concreto.**

En el caso concreto, tenemos que la acción en comento tiene como finalidad, el amparo de los derechos fundamentales, al DEBIDO PROCESO, DEFENSA Y A LA IGUALDAD de CONSORCIO MONTERUBIO, dentro del proceso de selección a través de la RESOLUCION No-249 de licitaciones pública No AMJI 023 DE 2021, desde el acta de apertura de 8-08-2021 y por otra parte, que se deje sin efecto las decisiones adoptadas por el comité de evaluador dentro del informe final en relación al principio de capacidad jurídica.

Inicialmente habría que decir que, realizado un estudio previo a la contestación de la presente tutela, se puede avizorar que en contra posición la accionada alega que unos de los requisitos por los cuales desestima la oferta del proponente es la *presunta falsedad*, ya que se puede determinar con los documentos que forman parte integral de su oferta, que existe una presunta falsedad y evidencia de ello sería que, el integrante INGENIERIA COLOMBIA MONTEERRUBIO S.A.S, presenta certificado de existencia y representación legal con fecha de matrícula 2 de diciembre de 2020 y al mismo tiempo presenta estados financieros de fecha a corte de 31 de diciembre de 2019; flujo de efectivo a corte 31 de diciembre 2018 y 2020, estado cambio de patrimonio a corte 31 de diciembre de 2020 y nota de estados financieros a corte 31 de diciembre de 2020, considerando que, este integrante por ser persona jurídica nacional, refleja según su certificado de existencia y representación



legal que, su nacimiento es posterior a la información suministrada, a su vez como anexo para determinar el cálculo de la capacidad residual este presenta estados financieros anteriores a la fecha en que fue creada, incurriendo en las causales de rechazo contempladas en el pliego de condiciones aplicables al caso concreto al integrante INGENIERIA COLOMBIANA MONTERRUBIO S.A.S, *1.15 CAUSALES DE RECHAZO, E: que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para cumplir un requisito habilitante o aportándolos no lo haga de forma correcta, en los términos establecidos en la sección 1.6 H: que el proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posibilidad falsedad en los términos de la sección 1.11.*

En virtud denota el despacho que es una situación minuciosa de estudio donde existen otros mecanismos de defensa como se deja claro por lo anteriormente manifestado en la parte considerativa para resolver dicha situación jurídica.

En consecuencia habría que decir en este asunto que la tutela resulta improcedente debido a que no está frente a un perjuicio irremediable, pues ello no ha sido demostrado, como tampoco que la decisiones administrativas adoptadas por la accionada adolezcan de defectos facticos o sustantivos que lleven a una protección constitucional que pretende el accionante, pues no se probó con los medios de prueba, además existen acciones de carácter ordinario en donde el debate probatorio sea más amplio para determinar la legitimidad de la posesión o el derecho que alega el accionante tener y que pretende se le restablezca por esta vía constitucional, es igualmente menester dejar sentado que de las pruebas documentales arrojadas, no se evidencia que se hubiere vulnerado el debido proceso.

De otro lado el caso que se estudia, tenemos que la acción no reúne los requisitos mínimos anotados en las sentencias antes reseñadas y parcialmente transcritas, como es que no se está ante un perjuicio irremediable, pues ello no aparece probado en el expediente, lo que indica la existencia de otro mecanismo para que se ventilen los hechos argumentados, por ello no puede este despacho calificar un perjuicio irremediable para que pudiera darse la tutela como medio transitorio, por presunta vulneración al debido proceso.

Lo anterior lleva a este despacho a concluir que no es esta la vía idónea para que se le reconozcan los derechos deprecados, pues debe intentar a través de la vía ordinaria y no a través de la tutela, pues no se dan los requisitos para ello, donde el ámbito de pruebas sea más amplio y en los que pueda pedirse perjuicios y resarcimiento de sus derechos, pues como se dijo no se evidencia vulneración de debido proceso en el tramite policivo o que este adolezca de un defecto sustantivo que haga procedente la tutela.

Ahora bien, los motivos que tuvo el ente territorial lo basan y pues lo argumenta en que el accionante esta errada en las conclusiones en el que se evidencian un velado desconocimiento de claras normas que rigen los procesos de contratación, y que deben ser de pleno conocimiento y manejo de oferentes con la experticia y experiencia en este tipo de proceso como el Consorcio Monterubio.

Por un lado, el comité de Contratación debe ejercer su labor la de manera objetiva y ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones, tal como lo señala el artículo 2.2.1.1.2.2.3. Del Decreto 1082 de 2015. Así que alguna Manifestación en tal sentido, carece de validez.

Además debe tenerse en cuenta que la modificación del pliego de condiciones, donde entre otros aspectos se establece el cronograma del proceso, solo se puede realizar mediante agenda expedida por el Jefe de la Oficina de contratación, tal como lo indica el Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Del Decreto 1082 de 2015, situación que se cumplió tal como se puede evidenciar en el plenario de la tutela, por lo que es loable concluir que el proponente debía ceñirse a lo indicado en el pliego de condiciones y sus agenda modificatorias. No en vano, el Consejo de Estado ha señalado en diferentes pronunciamientos, dentro de Estos en la sentencia veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) radicado 05001-23; 31-000-199800833-01(25642), line: *"En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por lo Administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que este les sea adjudicado para elaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo cual ha de hacerse, con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.*

Recapitulando tenemos que responder a los problemas jurídicos planteados de la siguiente manera:



Que no es la acción de tutela el medio idóneo para reclamar las pretensiones que el actor pretende en esta demanda, por los motivos y razones anotados en los considerandos de esta providencia, por lo tanto se declarará improcedente la acción de tutela.

En consecuencia, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE LA JAGUA DE IBIRICO, administrando Justicia en nombre de La República y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

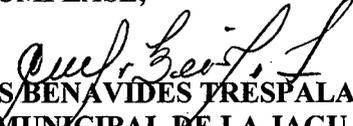
**PRIMERO:** Declarar improcedente la presente acción de tutela, presentada por el señor **Dr. ELKIN SAMUEL RUBIANO ROJAS**, apoderado especial de la empresa **CONSORCIO MONTERUBIO** por lo anotado en la parte motiva.

**SEGUNDO:** **LEVANTAR** la medida provisional de suspensión del proceso de Licitación Publica No AMJI LP 023 de 2021, decretada mediante el auto admisorio de fecha 10 de Febrero de 2022.

**TERCERO:** Notifíquese este fallo a los interesados en la forma prevista en el los artículos 16, 30 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 5º del Decreto 306 de 1992.

**CUARTO:** Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**CARLOS BENAVIDES TRESPALACIOS**  
**JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE LA JAGUA DE IBIRICO**