

VIA DE LA PROSPERIDAD

LEGITIMACION EN LA CAUSA DEL CONSORCIO RIBERA ESTE, DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA Y DEL INVIAS

PERSONA JURIDICA DE DERECHO PUBLICO-Puede ser titular de derechos fundamentales

Una persona jurídica de derecho público puede ser titular de derechos fundamentales como el debido proceso y, en consecuencia, se encuentra legitimada para ejercer la acción de tutela en procura de su efectiva protección cuando resulte amenazado o conculcado frente a actuaciones judiciales o administrativas, dimensiones en las que, con idéntico rigor, se impone la estricta observancia del aludido derecho fundamental, en todos los aspectos que según la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina involucra y conlleva

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO-Naturaleza jurídica

El convenio interadministrativo constituye un consenso de voluntades entre entidades públicas y es generador de obligaciones entre las partes que lo suscriben. Su naturaleza jurídica ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “expresión de la voluntad colegiada” y es asimilado a un contrato administrativo. Los convenios interadministrativos hacen parte de la actividad contractual del Estado, mediante la cual se obligan, de manera subjetiva, las entidades que lo suscriben, con fines comunes y de interés público

CARACTER SUBSIDIARIO Y RESIDUAL DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia/PROCEDENCIA SUBSIDIARIA Y RESIDUAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

(i) por regla general, la acción de tutela es improcedente como recurso principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, cuando existan otros instrumentos jurídicos (ante la propia administración y judiciales) para su defensa; (ii) procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, (iii) únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo (art. 7° del Decreto 2591 de 1991) y ordenar que el mismo no se aplique (art. 8° ibidem) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DERIVADOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO ESTATAL Y ACTUACIONES EMITIDAS EN PROCESO DE LICITACION PUBLICA

ACCIONES QUE PROCEDEN RESPECTO DE CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

La acción procedente para dirimir las controversias que se deriven de los llamados convenios interadministrativos al ser estos una expresión de la actividad negocial del Estado es la acción de controversias contractuales, a través de la cual se puede obtener la terminación del contrato estatal: 1) mediante la solicitud de nulidad por las causales previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y 2) la solicitud de resolución del contrato, sin perjuicio de que se configuren los modos anormales de terminación –cláusulas exorbitantes

PROCESO DE LICITACION PUBLICA Y ACCIONES QUE PROCEDEN RESPECTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE EMITEN EN SU DESARROLLO/DEMANDA DE ACTOS PRECONTRACTUALES

Armonizando dicha postura con las nuevas normas procesales, tanto los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho

ACCION DE TUTELA ES IMPROCEDENTE COMO REGLA GENERAL PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES O LOS EMITIDOS EN EJECUCION O LIQUIDACION-Ordenamiento jurídico regula medios de defensa idóneos y eficaces ante la propia administración y judiciales para salvaguardar los derechos que puedan resultar afectados

Es claro para la Sala que el INVÍAS, el Departamento del Magdalena y los integrantes del Consorcio Ribera Este, cuentan con medios de defensa judicial idóneos, para controvertir la legalidad de los actos administrativos y de la actuación objeto de reparo. Respecto del Departamento del Magdalena y el acto administrativo que dio por terminado el Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, debe advertirse que es procedente la acción de controversias contractuales a través de la cual se pueden objetar los hechos de ejecución y cumplimiento del contrato o, inclusive, los que expida la administración en ejercicio de sus poderes exorbitantes. Por su parte, el INVÍAS, cuenta con la

acción de controversias contractuales mediante la cual puede solicitar la nulidad del acto administrativo que adjudicó el contrato en virtud del proceso de licitación llevado a cabo por el Departamento del Magdalena. Y, frente a los actos precontractuales de carácter definitivo, estos pueden controvertirse a través de la acción de controversias contractuales, y solicitar su nulidad, en consideración a que en el momento en que se interpuso la acción de tutela ya se había adjudicado y firmado el contrato con el contratista elegido. De igual manera, al tenor de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 procede la suspensión provisional de la resolución que adjudicó el contrato y sus efectos. Considera la Sala que las distintas observaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación y el INVÍAS que pueden dar lugar a viciar el proceso licitatorio son susceptibles de ser discutidas en la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acciones que proceden desde el momento mismo en que la administración profirió los actos administrativos definitivos dentro del proceso de licitación. El Consorcio Ribera Este, cuenta igualmente con un mecanismo judicial que le permite controvertir el acto administrativo que da por terminado el Convenio Interadministrativo celebrado entre el Departamento del Magdalena y el INVÍAS, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que podía acudir dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

SUSPENSION PROVISIONAL-Procendencia frente a actos administrativos precontractuales/ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PRECONTRACTUALES-Procendencia excepcional por ocasionar perjuicio irremediable

Si no se demuestra la configuración de un perjuicio irremediable, y considerando las acciones contenciosas que proceden y en virtud de las cuales se puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos no es factible incoar la acción de tutela como mecanismo apto para invocar la protección de derechos fundamentales. Reiterados pronunciamientos han señalado que la tutela como mecanismo transitorio, procede cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver debe estar revestido de: (i) la gravedad (ii) la inminencia del perjuicio, (iii) la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y (iv) la urgencia de las mismas. Además, que debe tener como finalidad la protección constitucional de un derecho ius fundamental

EXHORTO A PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-A través del funcionario que se designe realice un estricto seguimiento y si es el caso intervenga en procesos judiciales que actualmente están en curso

Vistas así las cosas, y habida de cuenta de las investigaciones disciplinarias que viene adelantado la Procuraduría General de la Nación, a juicio de la Sala, resulta pertinente exhortar a dicho ente de control, para que a través del funcionario que al efecto designe, realice un estricto seguimiento y si es el caso intervenga, en los procesos judiciales que actualmente cursan ante la jurisdicción contencioso administrativa. E igualmente, se le exhorta para que adelante seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013, suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este

Referencia:

Expedientes Acumulados T-4.228.250 y T-4.130.835

Demandantes:

Consorcio Ribera Este e Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Demandados:

Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-
Departamento del Magdalena

Vinculados:

Departamento del Magdalena, Municipio de Sitionuevo, Municipio de Remolino, Consorcio de la Prosperidad, Unión Temporal Vial, Red de Veedurías de Colombia.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

Bogotá, D.C., 4 de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. Antecedentes del Expediente T-4.228.250

1. La solicitud

Las sociedades integrantes del Consorcio Ribera Este: Compañía de Ingeniería y Servicios -COINSES S.A.-, Consultores para el Desarrollo, Constructora F.G. S.A., y Assignia Infraestructura S.A., Sucursal Colombia, promovieron acción de tutela contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- (que en adelante también se llamará INVÍAS), con el fin de que le fueran amparados los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica, buena fe, buen nombre y confianza legítima, alegando que dicha entidad incurrió en una vía de hecho administrativa de índole procedimental.

2. Reseña fáctica

2.1. El Consorcio Ribera Este es un componente plural, cuya sede está ubicada en la ciudad de Barranquilla, Departamento del Atlántico y que fue conformado con la intención de participar en el proceso licitatorio LP-DM-07-2012.

2.2. El Departamento del Magdalena inició el proceso de licitación en el cual se imputaron recursos a las vigencias fiscales para los años 2013, 2014 y 2015, con cargo al Sistema General de Regalías, emanados del OCAD¹ Regional Caribe y CONFIS² departamental, recursos de la Nación, presupuesto del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, cuyo giro está señalado en el Convenio de Cooperación No. 649 de 2013, Convenio Marco No. 1266 de 2012 y CONPES 3742 de 15 de abril de 2013.

2.3. El Departamento del Magdalena publicó en el SECOP la convocatoria pública, los estudios previos, e información detallada, indicando dónde estaban disponibles los anexos y el proyecto de pliego de condiciones.

2.4. La Procuraduría General de la Nación, el 11 de febrero de 2013, realizó observaciones al estudio previo, proyecto de pliego de condiciones y matriz de riesgos, las cuales, luego de surtir los trámites previos, fueron acogidas por la entidad ajustando criterios de calificación y habilitación. Así se lo hizo saber el Departamento a la Procuraduría en respuesta consolidada mediante escrito de fecha 11 de junio de 2013.

2.5. Posteriormente, se publicó en el SECOP la resolución de apertura con el pliego de condiciones definitivo, ajustado a las recomendaciones de la

¹ Órgano Colegiado de Administración y Decisión Caribe. Decreto 1075 de 2012, funciones del OCAD, artículo 2, Definir los proyectos sometidos a su consideración para ser financiados con recursos del sistema de regalías (...) Designar al ejecutor de los proyectos a ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías.

² Consejo Superior de Política Fiscal.

Procuraduría General de la Nación y, de manera oficiosa, el 19 de junio de 2013, se realizó audiencia de análisis de riesgos y aclaración de pliegos, en la que se dio respuesta a las observaciones de los proponentes igualmente publicadas en el SECOP.

2.6. El 5 de julio de 2013 fueron recibidas por parte de la Procuraduría General de la Nación nuevas observaciones, respecto de la forma del Pliego de Condiciones, las que fueron aclaradas por la Gobernación del Magdalena.

2.7. Los días 24 de junio, 4 y 9 de julio de 2013, el Departamento del Magdalena expidió tres adendas para ampliar el plazo de la licitación, de conformidad con lo que fue solicitado por los interesados y por la Procuraduría General de la Nación, asimismo, se modificaron algunos aspectos del pliego. El 12 de julio fueron recibidas de parte de la Procuraduría observaciones y recomendaciones adicionales. Fue sugerido revisar la publicidad de la información, las modificaciones que fueron realizadas y se invitó a la entidad a reconsiderar algunos puntos del pliego. El 16 de julio, el Departamento dio respuesta de fondo a dichos requerimientos.

2.8. El 30 de julio de 2013, el Departamento del Magdalena manifestó que no existían causales para declarar desierta la licitación y publicó los resultados de los análisis, evaluación y calificación de ofertas. El resultado previo arrojó una calificación de 964 puntos para el Consorcio Ribera Este. El comité evaluador recomendó que previamente a subsanar las ofertas y, so pena de rechazo, el contrato debía ser adjudicado al Consorcio Ribera Este.

2.9. El 12 de agosto de 2013, se celebró la audiencia de adjudicación en la cual fueron publicados los puntajes de los oferentes. Conforme al resultado obtenido y la recomendación final de elegibilidad que efectuó el comité evaluador, se expidió la Resolución No. 768 del 12 de agosto de 2013, adjudicando el contrato.

2.10. En el transcurso de la audiencia pública de adjudicación, el Consorcio se enteró de la terminación unilateral del Convenio Específico de Cooperación No. 649 de 2013, por parte del INVÍAS.

2.11. El 2 de agosto de 2013, se radicó la garantía única de cumplimiento, acatando lo señalado por el Comité Evaluador de la Licitación Pública LP-DM-07-2012. Consideró que su oferta fue la más consistente y conveniente para la entidad, razón por la cual era la más calificada para ganar y obtener el contrato licitado, en consecuencia, a su juicio, como tercero directamente interesado, las actuaciones administrativas tomadas por el INVÍAS, vulneraron sus derechos fundamentales al buen nombre, seguridad jurídica, confianza legítima y derechos adquiridos.

3. Pretensiones

El Consorcio Ribera Este, solicita se ampare su derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se ordene dejar sin efectos la decisión mediante la cual el INVÍAS terminó, de manera unilateral, el Convenio No. 649 de 2013, que suscribió con el Departamento del Magdalena para el desarrollo de la licitación pública LP-DM-07-2012 y toda actuación que se haya adelantado con posterioridad.

Concretamente, lo que pide dejar sin efectos es la comunicación DG-42006, del 8 de agosto de 2013, suscrita por el Director General de INVÍAS mediante la cual comunicó al Gobernador del Departamento del Magdalena su decisión de dar por terminado el Convenio No. 649 de 2013.

4. Respuesta del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Una primera causal de improcedencia que en su momento atribuyó a la acción de tutela la hizo consistir en el hecho de que para entonces existía un pronunciamiento de tutela, sobre la misma situación por parte del Juez Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, por lo cual resultaba imposible una nueva decisión al respecto, prohibida como está la tutela contra un fallo de tutela.

Dicha improcedencia también la fundó en el hecho de que la parte actora claramente contaba con otros mecanismos de defensa judicial, como la acción de reparación directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, máxime si se tiene en cuenta que no se configuró un perjuicio irremediable.

Negó la existencia de una vía de hecho puesto que esta se predica de la actividad judicial. Frente a las irregularidades cometidas en la licitación adelantada por el Departamento del Magdalena procedió a dar aplicación a la causal pactada en el convenio que permite su terminación.³ Que dicha manifestación no constituye un acto administrativo de finalización, ni una cláusula excepcional lo cual se encuentra prohibido por la ley.

Sobre la violación del debido proceso y del principio de la buena fe, afirmó que el documento evaluador de las propuestas no genera derecho alguno a los proponentes y puede ser modificado al momento de la adjudicación. Que el ordenador del gasto puede disentir de dicha recomendación, luego no podían ser adjudicatarios, al hacerles falta subsanar lo ordenado por el comité evaluador. Agregó que no se pueden adquirir derechos cuando se ha obrado de manera irregular, tal y como lo hizo el Departamento del Magdalena.

Asimismo, estimó que tampoco existe violación del principio de confianza legítima ya que el convenio regulaba las relaciones entre el Instituto Nacional de Vías y el Departamento del Magdalena, y apenas se advirtieron las

³ Clausula Vigésima: CAUSALES DE TERMINACION: el presente convenio se podrá dar por terminado en cualquiera de los siguientes casos (...) **por incumplimiento de las obligaciones contraídas por algunas de las partes (resaltado en la contestación)** (folio 463).

irregularidades, estas fueron puestas en conocimiento del Departamento del Magdalena.

Intervención del Departamento del Magdalena (Coadyuvancia)

Inició su intervención manifestando que la presente demanda es legítima, por cuanto fueron vulnerados sus derechos fundamentales, pues el INVÍAS, decidió terminar el convenio de manera unilateral, mediante la comunicación 42006 del 8 de agosto de 2013, lo que además violenta los derechos e intereses de todos los que participan en el proceso de selección, y de los municipios donde se ubica la obra.

El Departamento actuó en ejercicio legítimo de las cláusulas contractuales del Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013 acordadas en virtud de la autonomía de la voluntad, por ende, el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, de forma caprichosa no podía hacer uso de las facultades excepcionales y exorbitantes que están determinadas en la ley para los contratos estatales, lo anterior, en virtud de la reiterada posición que se ha tenido frente al tema por parte de la jurisprudencia, al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La actuación del INVÍAS, vulnera los intereses de terceros, pues viola el principio de confianza legítima de quienes participaron dentro del proceso de licitación y al momento del cierre no habían manifestado inconformidades relativas a supuestos incumplimientos por parte del departamento. Además se vulnera el derecho al debido proceso y a la buena fe de los oferentes, a quienes no se les notificó la decisión unilateral de dar por terminado el Convenio No. 649 de 2013.

Que las diferencias que hubieren surgido del convenio deben ser resueltas mediante mecanismos autocompositivos o de solución alternativa de conflictos entre los contratantes, pero sin afectar los derechos y expectativas de los terceros que participan de buena fe. Insiste en que el Departamento acogió y cumplió los requisitos legales en el desarrollo del proceso de selección con total transparencia. Y advierte que frente a la utilización de la cláusula vigésima del convenio, dicha actuación debe dirimirse ante las autoridades contenciosas administrativas.

Por último, advirtió que existe una especial preocupación por la población beneficiaria de la obra, por cuanto el no cumplimiento del convenio afecta los derechos a la vida digna, a la salud, educación y satisfacción de necesidades básicas y la locomoción de los habitantes de municipios aledaños. La voluntad del INVÍAS, se traduce en una orden mezquina que va en contra del avance de la Región del Magdalena.

Intervención del Alcalde Municipal de Sitionuevo

Manifestó que la vía es nacional y está a cargo del INVÍAS, que existe una vulneración de derechos fundamentales al Departamento del Magdalena, pues al no iniciarse las obras se estará sometiendo a las comunidades a un peligro inminente en su vida, seguridad y bienes.

Que de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1454 de 2011, se infiere que existe autonomía e independencia por parte del Departamento del Magdalena en el manejo de sus recursos sin que el convenio imponga alguna aprobación o autorización.

Intervención de la Red de veeduría Ciudadana Colombia Transparente

La Red afirma que en calidad de veedores, constataron que el proceso de licitación LP-DM-07-2012, fue cumplido conforme a las etapas y procedimientos establecidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.

Intervención de la Unión Temporal Vial

Alegó su calidad de participante dentro del proceso de licitación, razón por la cual le asiste interés en la decisión del INVÍAS de terminar el Convenio No. 649 de 2013, el cual debe continuar con los efectos jurídicos y compromisos que de él se derivan. Con ese fin, el equipo técnico y jurídico de la Unión Temporal planea demandar el acto administrativo que le puso fin. A su juicio, quienes se presentaron al proceso de licitación adquirieron una serie de derechos que deben hacerse efectivos en el acceso a la administración. Que la decisión del INVÍAS en este caso constituye una violación del debido proceso y de la confianza legítima de los proponentes.

Intervención de la Alcaldía del Municipio de Remolino

En lo fundamental señaló que la construcción de la obra no surge de una decisión particular sino que es una iniciativa del Gobierno Nacional que la declaró de importancia estratégica para la Nación. En consecuencia, se une a la petición de tutelar el derecho al debido proceso y otros derechos fundamentales, violados con la terminación del convenio.

Intervención del Consorcio de la Prosperidad

Manifestó que se encuentra impedido de pronunciarse.

Intervención de Pedro Manuel Garizabalo, habitante de Sitionuevo

Adujo la vulneración de sus derechos a la vida digna, salud, educación puesto que los recursos comprometidos en la obra licitada se concretan en una “*ancestral aspiración*” de la población civil, con la construcción de la vía, la cual permite la comunicación con las ciudades de Barranquilla y Santa Marta.

II. Decisiones Judiciales que se revisan dentro del expediente T-4.228.250

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2013, concedió la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental al debido proceso del Consorcio Ribera Este y terceros coadyuvantes, Departamento del Magdalena y Municipios de Sitionuevo, Remolino y Consorcio Unión Temporal, así como el derecho de libertad de locomoción y demás conexos de estas comunidades y en contra del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-. En consecuencia, dejó sin efectos la comunicación DG 42006 del 08 de agosto de 2013, suscrita por el Director General de INVÍAS, a través de la cual comunicó al Gobernador del Departamento del Magdalena la decisión de dar por terminado el Convenio No. 649 de 2013, hasta tanto el Juez Administrativo profiera fallo de fondo.

Respecto del derecho fundamental al debido proceso, el *a quo* observó que hubo cumplimiento por parte de la Gobernación del Magdalena de todas las observaciones realizadas por los proponentes y veedurías; se apoyó en la intervención efectuada por la Red de Veedurías Regional, quien manifestó que el Departamento del Magdalena cumplió con todas las disposiciones legales contenidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 734 de 2002, y demás normas contractuales. En consecuencia, no podía el INVÍAS dar por terminado el convenio alegando un supuesto incumplimiento de las obligaciones, sin darle la oportunidad a los interesados de expresar su punto de vista antes de tomar la decisión. Consideró que dicho instituto estaba en el deber de proferir un acto administrativo que expusiera los argumentos, alcance y consecuencias jurídicas de la terminación del convenio. Que omitir ese proceder desconoce el debido proceso del Departamento, del consorcio ganador y de la comunidad.

Analizó los medios de defensa judicial y si bien expresó que no es competente para decidir sobre el cumplimiento de la Gobernación, sí está en la obligación de proteger el derecho fundamental al debido proceso. Advirtió que la decisión tomada por el Juez 34 Civil del Circuito de Bogotá no afectaba la decisión proferida en esta instancia, puesto que aquel fallo se encaminó a suspender los efectos de la adjudicación del contrato de licitación en tanto que este versa sobre el convenio interadministrativo.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión, el INVÍAS impugnó la acción de tutela. Como fundamento expuso que la decisión es incongruente porque: 1) se solicitó la vinculación del Juez 34 Civil del Circuito de Bogotá, sin que hubiere pronunciamiento por el juez de instancia respecto de dicha petición, ni se refiriera a ella o la tuviera en cuenta al momento de fallar. Y 2) ignoró las

irregularidades que se presentaron en la licitación pública LP-DM-07-2012 y que le fueron puestas en conocimiento.

A su juicio, la decisión debía revocarse pues no existe violación del debido proceso. Adujo que la terminación del convenio no se surtió a través de acto administrativo, sino en ejercicio de una cláusula válidamente pactada. Al momento de terminar el convenio los participantes de la licitación eran potenciales adjudicatarios y no pueden protegerse expectativas ilegítimas.

A su juicio, la acción de tutela es improcedente, puesto que existe un mecanismo judicial como la acción de controversias contractuales y no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable. No se demuestra un daño cierto y advierte que la amenaza que encuentra la juez de primera instancia deviene de una decisión judicial.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 25 de octubre de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Tercera de Decisión Laboral, revocó parcialmente la decisión de primera instancia y protegió el derecho constitucional al debido proceso administrativo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al Departamento del Magdalena, como tercero coadyuvante. En tal sentido dispuso: *“En todo caso, se ordena dejar sin efecto el oficio DG42006 del 8 de agosto hogaño dirigido al Gobernador del Departamento del Magdalena, Doctor Luis Miguel Cotes Habeych, mediante el cual el director general del Instituto Nacional de Vías, Leonidas Narvaéz Morales, le comunica la terminación del Convenio No. 649 del presente año y se le solicita la revocatoria del contrato de apertura de la Licitación LP-DM-07-2012 y, en subsidio le solicita la declaratoria desierta de la mencionada licitación. En consecuencia, ordenase al Instituto Nacional de Vías, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, si no lo hubiere hecho, inicie los trámites pertinentes para el efecto. Advirtiéndole al Departamento del Magdalena como tercero coadyuvante que deberá iniciar el correspondiente proceso administrativo dentro de los (4) meses siguientes al fallo de tutela, tal como lo ordena el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991 y este fallo surtirá efectos hasta el momento en que se profiera sentencia de fondo por un juez administrativo.”*

Para el *ad quem*, utilizar la vía judicial idónea, en el caso en concreto, daría lugar a una espera remota en virtud de la cual las obligaciones contraídas por el Departamento irrogarían un daño inconmensurable por el impacto social que genera a las comunidades beneficiarias de la obra que habitan en la zona.

Adicionalmente, estimó que la manifestación de dar por terminado el convenio interadministrativo No. 649 de 2013, se realizó sin haber vinculado al Departamento del Magdalena, en el sentido de que la ejecución del contrato de

obra pública objeto de la licitación estaba subordinada a la validez del convenio, al existir conexidad contractual con el proceso de licitación.

Estimó que los oficios allegados y reseñados por parte del INVÍAS, no registran que se hubiese producido o decretado el inicio de una actuación formal de estirpe administrativo que le garantizara al Departamento coadyuvante la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y de defensa, y advierte que las actuaciones administrativas no pueden descansar nunca sobre observaciones ni hechos alegados, sino que deben demostrarse por medios probatorios.

Por último, consideró irrelevante la vinculación del Juez 34 Civil del Circuito de Bogotá, en razón a que dicho funcionario no ostentaba la condición de tercero con interés legítimo dentro de la presente acción de tutela.

III. Antecedentes del Expediente T-4.130.835

1. La solicitud

El Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, presentó acción de tutela contra el Departamento del Magdalena con el propósito de que se ampare el derecho fundamental al debido proceso vulnerado en desarrollo del Convenio No. 649 de 2013, a través del cual se adelantó la licitación pública LP-DM-07-2012, por parte del Departamento del Magdalena, conforme con lo dispuesto en la Ley 80 de 2003, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.

En Sala de Selección Número Once, mediante auto de 14 de noviembre 2013, fue escogida la presente acción de amparo y en Sala de Selección Número Dos, mediante auto de 25 de febrero de 2014, fue acumulado el expediente de tutela 4.228.250, acción promovida por los integrantes del Consorcio Ribera Este en contra del INVÍAS.

2. Reseña fáctica

2.1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y del Convenio Interadministrativo Marco No. 1266 del 2012, la Gobernación del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, suscribieron el Convenio No. 649 del 31 de mayo de 2013, el cual se fundamenta en las disposiciones acordadas en el Plan Nacional de Desarrollo, con el fin de articular y coordinar esfuerzos para la gestión conjunta del desarrollo de la Región Caribe, principalmente en los temas de competitividad, reducción de pobreza y la integración de los ocho departamentos de la región.

2.2. La vía a mejorar se encuentra localizada en un terreno plano al margen derecho del río Magdalena, corresponde a una vía nacional a cargo del INVÍAS, dividida en dos sectores: Plato- Salamina, Salamina- Palermo. Dicho corredor se ve afectado por inundaciones.

2.3. Conforme los objetivos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo 2012- 2015 “*Respeto por el Magdalena*”, se define la vía como un proyecto multipropósito y como solución vial para las poblaciones ubicadas en el margen derecho del río Magdalena y su área de influencia, así como una solución definitiva para los recursos hídricos de la región.

2.4. Que el valor del convenio se fijó en la suma de cuatrocientos sesenta y seis mil novecientos millones de pesos (\$466.900'000.000), de los que el INVÍAS aportaría la suma de doscientos sesenta y seis mil novecientos millones de pesos (\$266.900'000.000) y con cargo del Sistema General de Regalías se comprometieron doscientos mil millones de pesos (\$200.000'000.000).

2.5. El convenio interadministrativo fijó las obligaciones que debía cumplir tanto el INVÍAS, como la Gobernación, cuya cláusula primera, parágrafo cuarto, dice expresamente: *“para el cumplimiento del objeto del presente Convenio El Departamento deberá: 1) Invertir integralmente los recursos objeto del presente Convenio, contratando las obras requeridas a través de Licitación Pública, de conformidad con el presupuesto del Proyecto, la vigencia de los recursos y lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 734 de 2012, así como las demás normas complementarias”*. Y en su cláusula novena: *“EL DEPARTAMENTO se obliga en virtud del presente Convenio a (...) 6. Cumplir con los trámites, permisos normas legales técnicas y jurídicas y demás requisitos necesarios para la ejecución total del proyecto (...) 8. Adelantar bajo su exclusiva responsabilidad el proceso de selección por Licitación Pública, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 734 de 2012”*.

2.6. En atención a dichas cláusulas, el INVÍAS destaca tres obligaciones para el cumplimiento del convenio: 1) contratar las obras requeridas a través de la licitación pública de conformidad con las leyes y decretos que reglamentan la materia, 2) el cumplimiento de los trámites, normas jurídicas y demás requisitos necesarios para la ejecución total del proyecto y 3) adelantar el proceso de licitación acorde con lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 734 de 2012.

2.7. De conformidad con lo publicado en el SECOP⁴, respecto de la licitación pública LP- DM-07-2012 se advierte por parte del actor que: fue publicado un primer aviso el 26 de abril de 2013 y luego un segundo aviso el 30 de mayo de ese mismo año. En relación con los estudios previos se modificaron el 12 de julio de 2013, de manera sustancial, así: como inclusión de participación de filiales en la licitación; se eliminó el requisito de estar inscrito en la actividad 4290; se redujo el requisito de experiencia en construcción de puentes de dos a

⁴ Sistema Electrónico de Contratación Pública (artículo 3º Ley 1150 de 2007).

uno, la experiencia en los contratos de consultoría, se permitió la experiencia de la consultoría en la revisión o diseño de un “*box culvert*”, cuando anteriormente el requisito se cumplía con la revisión y diseño de tres puentes; se eliminó la penalización por la insistencia de la visita a la obra; en relación con el anticipo, modificó en la adenda No. 3, todos los aspectos relacionados con la entrega de estos recursos dejando de lado lo establecido en el pliego de condiciones definitivo, estudios y documentos previos.

2.8. Advierte que la audiencia de aclaraciones que debía llevarse a cabo entre el 14 y el 18 de junio de 2013, fue realizada el 11 de junio de 2013. La audiencia de revisión de riesgos previsibles se llevó a cabo el 19 de junio de 2013, un día después del vencimiento del plazo.

2.9. Manifiesta que las modificaciones al pliego de condiciones debían realizarse por adenda, que el cierre de la licitación era el 15 de julio de 2013 y el plazo máximo para expedir adendas era el 9 de julio de 2013. La entidad expidió adendas el 10 de julio de 2013, fuera del término, en las cuales publicó las modificaciones a la: minuta del contrato, formato de presentación de la oferta, formato de hoja de vida de especialistas, y matriz de riesgos ajustada CONPES.

2.10 Que el 12 de julio de 2013, el día hábil anterior al cierre de la licitación, se publicó un documento denominado “*Aclaración a los pliegos de condiciones*” que en realidad introduce modificaciones al pliego, como las siguientes “*Se aclara que los ajustes a los formatos, anexos y formularios no requieren ser hechos por “ADENDA, guardan su validez, conforme sean publicados en el Secop (...) Se precisa que la conversión de Toneladas M3 se hará con la conversión de 2.3T/M3.(...) Se aclara que para el profesional de aseguramiento de calidad, este podrá ser ingeniero o tener otra formación profesional de pregrado, siempre que acredite el título de especialista en sistemas de calidad o curso de actualización en ISO 9001:2000 conforme los requerimientos del pliego. (...) se precisa que para el cumplimiento de las condiciones financieras referidas al cupo de crédito y al patrimonio autónomo puede hacerse a elección del proponente una de estas dos opciones. Para el cupo del crédito será validada la acreditación con la participación de certificación emitida por la entidad financiera siempre que los datos del valor, destinación y proponente (o su (s) integrante (s) en caso de oferentes plurales) se encuentren claramente identificados, y que no tenga condiciones su aprobación, sin que sea necesario que se adjunte copia del extracto del documento aprobatorio interno de la entidad financiera referida. En todo caso la certificación debe venir acompañada del documento que acredite que quien la suscribió ejerce la representación legal de la entidad financiera otorgante del cupo”*. Asimismo, se aclara que el único responsable de los subcontratos que se celebren es el contratista.

2.11 Con relación a los equipos, la modificación del pliego establece que estos deben acreditarse con la oferta, y si el oferente no los acredita, se descontarán

veinte puntos, eliminando la posibilidad de dicha declaratoria. Y, en relación con la razonabilidad del precio, se dan las condiciones señaladas en el pliego. El comité evaluador por medio de escrito requerirá, durante el período de evaluación, al proponente respectivo que exponga y soporte con pruebas contables y/o administrativas y/o técnicas o cualquier otra que permita ofertar precios por debajo de los parámetros señalados en el pliego.

3. Pretensiones

Solicita el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, se ampare el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia: (i) se ordene revocar el acto de apertura de la licitación pública LP-DM-07-2012 y, de manera subsidiaria, (ii) se ordene declarar desierta la misma.

4. Respuesta del Departamento del Magdalena

4.1 El Departamento del Magdalena solicita la nulidad de la actuación en sede de tutela, por falta de competencia territorial. Considera improcedente las pretensiones formuladas, puesto que, el acto de apertura de una licitación pública es revocable en los casos contemplados en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, hoy artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, causales que en este caso no se generan y tampoco se evidencian circunstancias que sean contrarias a la Constitución Política o a la ley.

4.2 En relación con la declaratoria de desierta de la licitación, esta solo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, en consecuencia, está permitida únicamente antes de la adjudicación y no con posterioridad a ésta, luego al existir adjudicación resulta improcedente dicha solicitud.

4.3 Esgrime la falta de legitimación en causa por parte del INVÍAS, en vista de que esta entidad, no hace parte del proceso licitatorio.

4.4. Frente a los hechos, acepta lo relativo al Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, y señala que algunas afirmaciones son subjetivas. Niega lo relativo a los avisos efectuados y publicación de los estudios previos. Aclara que la audiencia realizada por la entidad fue programada de manera oficiosa y dentro del término establecido por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto-Ley 019 de 2012, esto es, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas, así, como no hubo solicitud de aplazamiento, esta tuvo lugar el 19 de julio de 2013.

4.5 Señala que las aclaraciones efectuadas a los pliegos responden a requerimientos formulados por los proponentes y el Ministerio Público. Enfatizó que no se trató de “*modificaciones*” sino de simple “*aclaraciones*” al pliego.

4.6 Como conclusión manifiesta que no existe violación del debido proceso, en consideración a que no fue desconocido lo señalado en la ley de contratación estatal. En relación con los avisos, la interpretación normativa permite a la entidad realizar un solo aviso y si existe un defecto procesal debe interpretarse que este ha sido convalidado en virtud del principio de la instrumentalidad de las formas.

Intervención del Consorcio Ribera Este

En consideración del Consorcio Ribera Este, la acción constitucional es improcedente, por cuanto no existe legitimación en la causa ni reproche alguno al pliego de condiciones. Afirma que el trámite estuvo ajustado al ordenamiento jurídico.

Intervención de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación, sostuvo que la administración ha modificado en varias oportunidades el estudio previo, con lo cual se varió el total de la obra; en algunos ítems fueron cambiados los valores unitarios y las cantidades. Se modificaron criterios habilitantes de calificación y el objeto inicial de las obras a contratar.

II. Decisión Judicial que se revisa dentro del expediente T-4.130.835

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 26 de agosto de 2013, tuteló como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable el derecho al debido proceso administrativo, invocado por el Instituto Nacional de Vías INVÍAS, el derecho fundamental de locomoción y demás conexos que le asisten a los habitantes de las poblaciones de Palermo, SitioNuevo, Remolino, y Guaimaro dentro de la acción de tutela interpuesta contra el Departamento del Magdalena.

Suspendió la suscripción del contrato adjudicado por la Gobernación del Magdalena, al Consorcio Ribera Este, dentro del proceso de licitación pública LP- DM-07-2012, hasta el momento en que se materialice un acuerdo producto de las mesas de trabajo jurídico o, de no ser así, hasta que el juez administrativo profiera una decisión de fondo. Dispuso adoptar una solución concertada por las partes y otorgó un término máximo de dos meses contados a partir de la sentencia. Señaló un plazo de dos (2) meses adicionales, contabilizados a partir de la expiración de los dos iniciales, o lo que es igual, que no supere los cuatro (4) meses establecidos por el inciso 3º del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

Para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales ordenó que la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la

Defensoría del Pueblo acompañen y velen por el cumplimiento del fallo de tutela, a objeto de preservar que en el desarrollo de las mesas de trabajo se protejan los derechos fundamentales de la población. A la Cámara Colombiana de la Infraestructura solicitó que en consideración a las observaciones que formuló, emitidas dentro del proceso de licitación LP-DM-07-2012, brinde asesoría técnica en desarrollo de las mesas de trabajo jurídico con relación al proyecto.

El juez de primera instancia analizó la legitimación en la causa del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y concluyó que le asiste interés en el proceso de licitación en tanto se trata de una entidad que entre sus obligaciones tiene la de velar, contratar, evaluar y controlar los proyectos relacionados con la infraestructura vial. Asimismo, negó la solicitud de nulidad presentada por virtud de lo señalado en el Auto 124 de 2009, proferido por la Corte Constitucional.

Para el *a quo* las acciones con que cuenta el INVÍAS, para evitar la vulneración de sus derechos no resultan eficaces puesto que frente a la abrumadora carga laboral que soportan los jueces administrativos, no puede existir una solución expedita al conflicto. Encuentra engorroso la notificación de una acción popular (3 meses), tiempo que supera la suscripción del contrato, y, en consecuencia, concluyó en que el medio idóneo y eficaz es la acción de tutela la cual, en este caso, solo procederá como mecanismo transitorio.

El perjuicio irremediable lo da por configurado con base en la importancia estratégica del proyecto, las inundaciones que padece la carretera, y la “ilegalidad en la licitación LP-DM-07-2012 y el desconocimiento de los principios de selección objetiva, transparencia, publicidad, planeación contractual (que en capítulo posterior se especificarán), devienen en la celebración de un contrato de obra sin el cumplimiento de los requisitos legales, que al desconocer exigencias de la ley de contratación pública pone en peligro recursos públicos de la Nación (...).”

Encuentra vulnerado el debido proceso en consideración a las irregularidades flagrantes en el proceso de licitación, tales como las publicaciones realizadas en el SECOP, las modificaciones realizadas al pliego de condiciones sin la expedición de las adendas, y que las sugerencias advertidas por el Ministerio Público a fin de modificar los pliegos no se evidencian en el expediente.

Para el juez constitucional de primer grado, en suma, resulta evidente que los errores dentro del proceso adelantado por el Departamento del Magdalena y con ocasión del Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, vulneran el debido proceso, razón por la cual, en aras de mantener la legalidad de las actuaciones y en atención a que a pesar de la actuación del INVÍAS el Departamento continúa con su proceder irregular, considera procedente la acción de tutela. Adicionalmente encuentra que se viola el derecho a la

locomoción, frente al cual el INVÍAS, asume una faceta positiva en función de las políticas estrategias y planes de la infraestructura no concesionada.

2. Impugnación

Consortio Ribera Este

Estima que la decisión de primer grado esta desprovista de la carga argumentativa suficiente para justificar las decisiones que allí se adoptaron; que el INVÍAS actúa como juez y parte; que el derecho fundamental cuya protección se solicita debe ser propio del accionante y no de otra persona, de ahí que no halle nexo causal entre los derechos que según el INVÍAS, le fueron conculcados con las actuaciones supuestamente irregulares atribuidas al Departamento del Magdalena; que el *a quo* confunde las funciones del INVÍAS con sus derechos fundamentales; que dicho instituto cuenta con otras vías para actuar en defensa de sus intereses; plantea el interrogante sobre si el derecho que reclama el INVÍAS deviene del convenio, del proceso licitatorio o del acto administrativo de licitación por cuanto advierte que no existe claridad al respecto; considera, además, que el fallo de primer grado es incongruente pues no obstante que estima configurado un perjuicio irremediable o un daño inminente precisa que estará vigente hasta que la mesa de trabajo “*decida algo*” lo que permite formular el siguiente cuestionamiento: Se puede someter el restablecimiento de derechos fundamentales a un comité? Concluye señalando que el trato al que es sometido el consorcio resulta en extremo desequilibrado, por cuanto a pesar de no estar incluido en las mesas de trabajo tiene que someterse a lo que señala la Cámara de Comercio de Infraestructura.

Impugnación del Departamento del Magdalena

El Departamento del Magdalena, por su parte, considera inexistente la violación de los derechos fundamentales constitucionales alegados por el INVÍAS puesto que, a su juicio, la Ley 80 de 1993 y el Decreto Ley 19 de 2012 permiten la celebración de una audiencia en la que los proponentes pueden solicitar aclaraciones y como resultado de ella se podrán realizar ajustes al pliego que no implican modificaciones, razón por la cual no se hace necesario la expedición de adendas. Indica que las adendas fueron expedidas en su oportunidad, que, por sugerencia del Ministerio Público, se trató de compilar en un documento todas las aclaraciones que habían sido emitidas con anterioridad y que los interesados ya conocían.

Que los plazos contabilizados por la entidad son los correctos conforme las interpretaciones dadas en virtud de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y las adendas fueron expedidas dentro del término legal.

Concluye que no existe vulneración del debido proceso ni de la libertad de locomoción. Sin embargo considera que sí se desconoce el principio de la subsidiariedad por cuanto la demandante cuenta con otros mecanismos de

defensa judicial, como lo es la acción de controversias contractuales. En consecuencia, considera que la tutela es improcedente.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 19 de septiembre de 2013, la Sala de decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., revocó la sentencia de primera instancia para negar por improcedente la protección constitucional y decretar el levantamiento de la medida provisional.

Tras advertir el *ad quem* que es competente para estudiar la acción de tutela, y la legitimación en la causa por parte del INVÍAS, en virtud del Convenio No. 649 de 2013, analizó el requisito de subsidiariedad y consideró que lo debatido es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto se trata de una controversia contractual, frente a la cual existen mecanismos de defensa idóneos para dirimirla.

De igual manera sostuvo que las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, así como la solicitud de medidas cautelares bien pueden ser decretadas por el juez administrativo; mecanismos idóneos y eficaces para cuestionar el proceso de licitación. Consideró que no se evidencia amenaza de las finanzas públicas en razón a que la suscripción del contrato requiere de la consecución de licencias ambientales y permisos del contratista, luego deben allegarse los informes de las gestiones adelantadas por el contratista y, al efecto, no existe un término perentorio e improrrogable. En su criterio, los dineros girados por concepto del anticipo pactado están suficientemente garantizados mediante una póliza de seguro.

Por último estimó que el derecho a la locomoción no se ve afectado por cuanto el beneficio derivado de la actuación administrativa contractual se obtiene con la construcción de la obra en los plazos convenidos no con la extensión indefinida en el tiempo debido a los trámites legales del proceso.

4. Pruebas y actuaciones decretadas en sede de revisión

4.1 Se solicitó a la Procuraduría General de la Nación, Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, remitiera el concepto de fondo o las conclusiones a las que llegó dentro de la actuación preventiva adelantada respecto de la licitación pública LP-DM-07-2012.

4.2 Se solicitó a la Contraloría General de la República que informará si, a través de la Contraloría Delegada de Infraestructura e Infraestructura Física y Telecomunicaciones Comercio Exterior y Desarrollo, en ejercicio de sus competencias, inició investigación sobre los hechos objeto de acción de tutela.

4.3 Al Consorcio ICI, Interventor en el proyecto para el mejoramiento de la carretera de Palermo-Salamina, Sector Palermo –Sitionuevo- Remolino

Guaimaro, Código 2702,-contrato 3795-, se pidió informe, acerca de la ejecución y gestión realizada en el contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013, celebrado entre la Gobernación del Magdalena y el Consorcio Ribera Este, a partir del 16 de enero de 2014 y hasta la fecha; y que incluyera en dicho informe las obras desarrolladas con ocasión de la entrega del anticipo al Consorcio Ribera Este.

4.4. Al Consorcio Ribera Este, conformado por la Compañía Ingeniería Negocios y Servicios S.A. – Coinses S.A., Assignia Infraestructuras S.A. Sucursal Colombia, Consultores del Desarrollo S.A. y Constructora F.G S.A y a la Gobernación del Magdalena, se pidió copia de la póliza suscrita y que garantiza los dineros públicos hasta ahora entregados como anticipo en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 617 de 2013. Así como un informe de las obras, gastos y actos ejecutados, con ocasión del anticipo entregado, equivalente al 15% de la obra, por la suma de (\$64.801'526.813,61).

4.5 Al Tribunal Administrativo del Magdalena, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Quiñones Triana, se solicitó copia del proceso radicado No. 47001-2333-000-2014-0045-00, demandante Instituto Nacional de Vías, -INVÍAS- contra el Departamento del Magdalena- Consorcio Rivera Este. Ref. Controversias Contractuales. Sistema de Oralidad.

4.6. Al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias ambientales -ANLA- y a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG- se les pidió un informe de la actuación y que remitieran a esta Corporación las licencias en trámite y las que han sido otorgadas en el Proyecto de *“mejoramiento de la Vía Palermo – Sitionuevo-Remolino – Guaimaro en el Departamento del Magdalena”* declarado de importancia estratégica mediante el documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013.

4.7 Mediante auto de 19 de diciembre de 2013, como medida provisional se ordenó al Departamento del Magdalena y al Consorcio Ribera Este la suspensión inmediata de la ejecución de la Resolución No. 768 del 12 de agosto de 2013, por medio de la cual se adjudicó al Consorcio Ribera Este el contrato objeto de la licitación Pública LP-DM-07-2012, para el mejoramiento de la vía Plaermo-Sitionuevo – Remolino-Guaimaro, en el Departamento del Magdalena. Se aclaró en dicha providencia que si ya había suscrito el respectivo contrato, la orden implicaba la inmediata suspensión de su ejecución hasta tanto se produjera la decisión de fondo que esta Corte.

4.8 Mediante Auto No.046 de 2014, se citó a una Audiencia Pública ante la Sala Cuarta de Revisión.

5. Audiencia Pública del 13 de marzo de 2014 convocada por la Corte Constitucional.

Fue celebrada Audiencia Pública el 13 de marzo de 2014 con el fin de precisar las observaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación dentro de la actuación preventiva en la licitación pública LP-DM-07-2012, las obligaciones del INVÍAS y de la Gobernación del Magdalena derivadas del Convenio Interadministrativo Marco No. 1266 del 17 de septiembre de 2012 y el Convenio Específico No. 649 del 31 de mayo de 2013. Las precisiones contenidas en el documento denominado “*Aclaración a los Pliegos de Condiciones*” publicado el 12 de julio de 2013, el impacto, consecuencias, o efectos para las comunidades en el área de influencia y la ejecución de la misma en los términos en los que se adjudicó el contrato derivado de la licitación pública LP-DM-07-2012.

Intervención de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación manifestó que intervenía cumpliendo dos objetos: 1) como protección al patrimonio público y 2) en defensa de la Constitución.

Advirtió que en este caso realizó un acompañamiento preventivo, el cual en términos generales, concluye con dos posibles consecuencias 1) o se archiva la actuación o 2) se envía al procurador delegado con funciones disciplinarias, quien determina si hay lugar o no al inicio de una investigación disciplinaria.

Expresó que inicialmente, se informó a la Gobernación del Magdalena de las siguientes observaciones:

- i. Oportunidad de los avisos de convocatoria. No se tuvieron en cuenta los intervalos previstos en la Ley 80 de 1993;
- ii. Publicación anexos técnicos. No se publicaron los anexos y requerimientos técnicos; al momento de la apertura de la licitación no se publicaron dichos anexos;
- iii. Plan de adquisiciones. No se incluyó la obra contratada, como tampoco lo hizo con el Plan de adquisiciones ajustado; el principal objetivo de este plan es permitir a la entidad estatal aumentar la probabilidad de mejores condiciones de competencia.
- iv. Audiencia de aclaración de pliegos. La Audiencia se llevó a cabo un día después del vencimiento del plazo.
- v. Matriz de riesgos fue sugerido se revisara, pues no evaluó la estimación cuantitativa de cada uno de los riesgos.
- vi. Adendas: no pueden expedirse adendas dentro de los tres días anteriores al proceso de selección; lo cual debe hacerse en día y horas laborales; toda modificación del pliego de condiciones debe realizarse a través de adendas.
- vii. Respuestas a la aclaración y respuesta a los pliegos de condiciones. Se afirmó en dicho documento, que no implicaba modificaciones, pero se informó que podría haber cambios, por cuanto se hicieron ajustes a los

- formatos. Se modificaron temas como cupo de crédito, equipos, contratación, criterios habilitantes y de ponderación.
- viii. Presunta modificación sustancial del pliego. Se modificaron criterios de calificación que implicaban cambio en el puntaje y el criterio de personal mínimo, el cual pasó a ser un requisito de habilitación; se incluyó como participantes a las sociedades filiales y se modificó para que pudieran participar;
 - ix. Equipo mínimo. Se invitó a analizar los elementos de equipo mínimo imprescindibles para la adecuación de la obra, se sugirió revisar la exigencia de los equipos, puesto que estos se convertían en requisitos habilitantes.
 - x. Recursos. Se notificó de la terminación del convenio específico el 12 de agosto de 2013.
 - xi. Proceso disciplinario. Se remitió el informe final y quejas recibidas del proceso licitatorio. Se inició proceso disciplinario que al momento de celebrarse la audiencia se encontraba en la etapa de práctica de pruebas.

Preguntas por parte de la Sala

En desarrollo de la audiencia se formularon, a quien actuó como representante del Ministerio Público, los siguientes interrogantes:

¿Precise en qué momento conoció la Gobernación del Magdalena y el INVÍAS, las observaciones de la Procuraduría?

Al respecto dicho funcionario manifestó que se realizaron unas mesas de trabajo con la Gobernación.

La primera observación fue el 11 de febrero de 2013, referente a los estudios previos y pliegos de condiciones, el 5 de julio de 2013, posterior a la apertura del proceso, el 12 de julio de 2013, el 15 de julio de 2013 y la última el 12 de agosto de 2013.

¿Hubo alguna reacción del INVÍAS o de la Gobernación o de algunos de los licitantes?

Se respondió que todas las observaciones fueron contestadas por la Gobernación del Magdalena, el único oficio del que se tiene memoria de parte del INVÍAS es el día 12 de agosto.

¿Se ha valorado las implicaciones que se derivan de la situación procesal compleja, en cuanto a que la acción de tutela dejó sin efectos la terminación del convenio entre el INVÍAS y el Departamento del Magdalena?

Se respondió que no se realizó ninguna consideración sobre el tema. *“El proceso se encuentra en un proceso disciplinario, donde se abarcará jurídicamente el tema”*.

Intervención del Instituto Nacional de Vías INVÍAS

Advirtió su Director que existe voluntad de realizar el proyecto, por esto se incluyó en el CONPES, sin embargo se están afectando los intereses de la comunidad, pues se puede generar un detrimento patrimonial para el Estado y este es un proyecto calificado como estratégico.

Agregó que el 15 de abril de 2013 se expidió el Documento CONPES, en el que se establece la importancia estratégica del proyecto durante una vigencia de 5 años fiscales. Que el 31 de mayo de 2013 se suscribió el convenio específico de cooperación, en el cual fueron acordadas las obligaciones por las partes, entre estas, comunicar a la Procuraduría el inicio del proyecto y la licitación y así se hizo; que se cuentan 7 intervenciones de la Procuraduría tratando de ajustar el proceso a la normatividad, razón por la cual se toma la decisión de dar por terminado el convenio de cooperación.

La recomendación es no poner en peligro el patrimonio público, advirtiendo todas las irregularidades, no solo por parte de la Procuraduría sino de otras entidades que emitieron su concepto.

Añadió que el 12 de septiembre de 2013, la Directora de Regalías, al advertir que se abrió la licitación pública le solicitó al Gobernador, abstenerse de solicitar nuevos recursos así como adelantar actuaciones administrativas para los dineros ya girados, evitando hacer desembolso, hasta contar con la definición legal.

Que el INVÍAS promovió una acción ordinaria en esa semana y se rechazó la demanda por falta de legitimación.

Preguntas

La Sala le formuló al Director del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- las siguientes preguntas:

¿Si el Tribunal en la acción administrativa no encontró legitimación para adelantar esa acción, explique a la Corte, cómo es esa legitimación del INVÍAS, sí se da para la acción de tutela?

A lo cual dicho funcionario respondió que esa determinación fue tomada esa semana, que el INVÍAS sí estaba legitimado para actuar judicialmente en virtud de los recursos que se están suministrando para el proyecto y por la suscripción de los convenios acordados con la Gobernación del Magdalena para adelantar el proceso licitatorio.

¿El INVÍAS es parte de la relación procesal que nace de la licitación?

Al respecto aclaró que del contrato y el consorcio no, pero del proceso licitatorio sí, en virtud de los convenios, lo que le dio la facultad de adelantar la licitación al Departamento previo acompañamiento de la Procuraduría.

¿Esos intereses del INVÍAS, son económicos?

Respondió que No, que el único interés era ayudar a la comunidad.

¿No será mejor que la comunidad tenga pronto esa carretera?

Respondió que eso quería el INVÍAS, por eso había que salir de esta encrucijada jurídica y evitar que esos recursos se embolaten. Ni que las acciones de nulidad de ese contrato estancuen el proyecto.

¿Hay razones técnicas para que la obra no sea llevada por el contratista, o que les aconseje que la obra no sea llevada por el contratista?

Al respecto contestó que el trámite adelantado, a su entender, no reunía los requisitos de ley.

¿Existe preocupación frente a las condiciones técnicas para cumplir con el contrato?

Sobre el particular contestó que no, pero que estaban las observaciones efectuadas por la Procuraduría.

Intervención del Departamento del Magdalena

Sostuvo que a mediados del año 2012, el Departamento dispuso de doscientos mil millones de pesos (\$200.000'000.000) como contrapartida de la construcción de la vía de la prosperidad. Se buscó a nivel nacional algún proyecto anterior relacionado con la construcción de la vía. Una vez se ubicó se solicitó formalmente para su estudio. Se realizó un proceso de actualización de precios, y se determinó que esa cifra representaba cerca de cuatrocientos sesenta y seis mil millones de pesos (\$466.000'000.000), inclusive con la interventoría; y que, además, el proyecto está contemplado en el Plan de Desarrollo Nacional. Se hizo necesario surtir un proceso que viabilizó el proyecto, el departamento y la Secretaría Técnica; se sometió al OCAD, y se aprobó el proyecto.

Se determinó que fuera la Gobernación del Magdalena quien manejara el Proyecto. Ese es el nacimiento de la vía de la prosperidad; y por la importancia del proyecto se incluyó en el CONPES; se declaró estratégico para la Nación y se comprometió con el Ministerio de Hacienda vigencias futuras. El

Departamento del Magdalena no incumplió nada a la fecha. Luego que se adjudica el proceso, se hace la rueda de prensa, y terminado el proceso de adjudicación y de manera peculiar aparece un funcionario del INVÍAS, que le informa que se acaba de fallar una tutela en plena rueda de prensa. Se aclara que se respetaron las decisiones judiciales y se suspendió la firma del contrato hasta que exista una definición definitiva. Al revocarse la sentencia se abrió la posibilidad de celebrar el contrato, ya no existen más mesas de trabajo porque se revocó la primera instancia y al fallarse la tutela que termina el convenio, se firmaron contratos con la interventoría; se solicitó ante la firma del contrato un anticipo por parte del consorcio; el 30, 31 de diciembre y en cumplimiento de las obligaciones contractuales se realizó el desembolso; esos pagos anticipados se plantearon desde el 18 de diciembre de 2012.

Preguntas

Al representante de la entidad territorial la Sala le formuló las siguientes preguntas.

¿La idea que queda en la corte a través de las intervenciones anteriores es que hubo precipitud en el adelantamiento del trámite de la contratación?

A lo que respondió el Gobernador: absolutamente ninguna. Siempre se actuó con cabeza fría, asesorados; se actuó siempre conforme a la ley.

¿Cincuenta años no implica un actuar con más prudencia frente a las observaciones de la Procuraduría y del INVÍAS?

Respondió que la comunidad amerita las mejores decisiones, se hizo intercambio de oficios de observaciones y recomendaciones, se acogieron todas las recomendaciones, las que fueran pertinentes, se dieron las razones y se dio la cara a cada una de las instituciones que participaron en el proceso.

¿Ser dinámico es su manera de actuar o fue alguna recomendación?

Respuesta. Estuvimos asesorados por la Dra. Claudia, las recomendaciones de la Procuraduría y el equipo de trabajo en el departamento; fue delegada una responsabilidad y se tomó una decisión en conjunto convencidos.

Intervención de la Doctora Claudia Orjuela (Asesora contratada por la Gobernación del Magdalena para la celebración de la licitación pública).

Expresó que sobre las obligaciones principales del INVÍAS éste tiene a su cargo la intervención técnica e interventoría mientras que el Departamento la ejecución del contrato, al no existir compromiso presupuestal al día de hoy, se encuentra que el proceso de licitación, no afecta el Convenio No. 1266/2013, pues su costo está a cargo del departamento, el INVÍAS no tiene injerencia; lo

anterior no contraría para nada el convenio. El INVÍAS, entonces ejerce la interventoría.

Planeación advierte que el peligro inminente es que se invierten los recursos con una destinación distinta; pero el proyecto está aprobado, independientemente de las fuentes de financiación, de tal manera que Planeación no interviene y el Departamento es autónomo. Concluye que INVÍAS, no tiene injerencia y no ha existido y no existe un riesgo inminente de los recursos de la Nación por lo cual sus argumentos carecen de soporte.

Frente a las observaciones de la Procuraduría, aclara que se acordaron unas mesas de trabajo, la primera fue el 3 de junio, se compartieron las observaciones y recomendaciones y se explicó que estas observaciones no eran viables.

Frente al pago anticipado en el punto 8.22 se dice que se entregará un pago anticipado del 15%, esto está publicado en el Secop; que no se hizo dicha modificación posteriormente. Se abrió la licitación pública el 11 de junio de 2013, surgió la recomendación que frente a los aspectos formales, se deberían recoger en el estudio previo.

El estudio previo establece que puede ser ajustado y se expidió el 11 de julio la resolución de apertura y se ajustó el mismo; una a una las observaciones al pliego fueron contestadas con argumentos y documentos. Después de celebrada la audiencia de aclaración de pliegos, señala la norma que se celebra después de los 3 días y a solicitud de los interesados, razón por la cual la realizaron el día 4º. La Procuraduría manifiesta nuevas observaciones y el 3 de junio se realizó una nueva solicitud y una nueva mesa de trabajo en la que la Procuraduría se comprometió a enviar el documento, este llegó el 5 de julio y se publicó la adenda número 3, lo que no es una modificación, se realizaron aclaraciones de conformidad con las observaciones recibidas de los interesados. Manifiesta que lo que se efectuó fue una aclaración respecto de las conversiones y en consecuencia se hizo una modificación de las mismas en relación con la capacidad de los vehículos, de toneladas a metros cúbicos. La Procuraduría hace unas nuevas observaciones, y el 8 de junio se preparó la respuesta y nace el documento de adenda, y por solicitud de la Procuraduría se diferencia una aclaración de lo que es una modificación; si es modificación es una adenda. Se recogió en adenda esa aclaración, *“y recogimos todo lo que en el camino se había dicho que se iba hacer por adenda y es una modificación”*, *“e hicimos por adenda esa aclaración”*: que toda modificación va por adenda y toda aclaración por cualquier otro documento, lo que se puede hacer hasta un día antes de la licitación siempre y cuando no fuere una modificación.

El 12 de julio llegó una comunicación la cual se conoció el 15 de julio, se recibieron las ofertas y se verificaron las observaciones de la Procuraduría, se dieron una a una las respuestas, no se trataba de modificaciones y que la aclaración no podía confundirse con una modificación y hasta ese momento no

se había recibido nada del INVÍAS, y hasta ese día recibieron información del INVÍAS, en la cual se comunicaba de quejas de distintas personas; se desglosó ese cuadro comparativo y se concluyó que los requisitos de experiencia y capacidad financiera eran mucho más flexibles. Posteriormente a la fecha se evaluó la licitación pública, se recibió una comunicación de INVÍAS, en la que el Director manifiesta que por conocimiento de medios no se acogieron unas observaciones de la Procuraduría General de la Nación. El señor Director de INVÍAS desconocía las respuestas y se dedicó a informarlo, hasta esa fecha no había nada concreto frente a lo que no comprendía el INVÍAS, y se preparó entonces la audiencia de adjudicación -12 de agosto del año pasado-. Se recibió entonces la documentación en la cual INVÍAS comunicaba la terminación del convenio, se daba por terminado el contrato o se revocaba la licitación; se asesoraron y se preparó la audiencia. A las 9am se recibió una comunicación de INVÍAS, que se decidiera de fondo antes de adjudicar, se incluyó entonces un punto en la audiencia, y previamente se resolvió de fondo y se sustentaron las razones por las cuales no era posible revocar el acto de adjudicación y no era viable la terminación unilateral del convenio por parte del INVÍAS.

Estima que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no era posible dar por terminado el convenio de manera unilateral. Se terminó la audiencia de adjudicación y se finalizó el proceso, pasado el tiempo se conoció de la acción de tutela y que existe constancia de la notificación de la tutela cuando ya se había adjudicado.

Llegó una nueva comunicación dando cuenta que se abstuviera de continuar cualquier trámite posterior, cuando se revocó dicha acción de tutela, se procedió a firmar el contrato; la orden de planeación recomendó que con ocasión de la orden dada por la Juez 34, se abstenga de girar los recursos de la nación y se tomen las medidas para garantizar los recursos del Estado.

Preguntas

La Sala le formuló a esta asesora los siguientes interrogantes:

¿Cuándo conocieron la decisión de INVÍAS de revocar de manera unilateral el convenio?

Respondió: el día hábil antes de la fecha de la adjudicación

¿Sin respaldo presupuestal no consideraron prudente ser cautelosos frente al trámite, no evaluaron las consecuencias de dicha decisión?

Respondió: Estábamos y seguimos convencidos que esa aprobación presupuestal no viene del convenio sino de la OCAD, del CONPES y CONFIS, razón por la cual no se consideró. Además se tenía una responsabilidad con la licitación.

Preguntas al Director del INVÍAS

¿El INVÍAS antes del 15 de julio de 2013, no se dirigió al Departamento, no le manifestó ninguna observación o inconformidad con lo que se estaba presentando, conforme lo expone la asesora jurídica, eso es cierto?

Respondió que el INVÍAS hizo un seguimiento de las observaciones de la Procuraduría, entendieron y así lo respetaron, que el acompañamiento de la Procuraduría tenía la mayor responsabilidad como ente de control y en la medida que se daban las observaciones que debían tenerse en cuenta y que se estaban haciendo observaciones de fondo; en un escrito conjunto se manifestó a la Gobernación que han debido tenerse en cuenta.

Como la respuesta no fue adecuada se procedió con lo pactado en el convenio y siendo un acuerdo de voluntades se podía dar por terminado. Había que preservar los recursos, que no contaban con interventoría y que la obra es una vía nacional y debe contar con el consentimiento de la Nación para las inversiones.

¿Se puede deducir de su respuesta que antes del 15 de julio el INVÍAS nada informó al Departamento?

Respondió que no informaron, pero que estaban pendientes.

¿La comunicación fue el 25 de julio de 2013?

Respondió que sí era de esa fecha.

¿Usted le dijo al Gobernador del Magdalena que de producirse la sentencia de segunda instancia firme el contrato?

Respondió que en las mesas de trabajo cuando se cambian los escenarios jurídicos, se consideró que el convenio estaba vigente; y sí, pues el fallo de tutela lo ordena, debe realizarse la contratación de la interventoría para el acompañamiento.

¿Se dio visto bueno entonces verbal a que se siguiera el proceso de contratación?

Respondió que el no dio un visto bueno, que jurídicamente debía cumplirse con la apertura del proceso de interventoría y no podía desconocerse las decisiones del fallo de tutela como era proseguir con la contratación. Luego se encontraba vigente el convenio.

¿A partir de la necesidad de cumplir con el compromiso del INVÍAS de solicitar lo de la interventoría cómo se ha desarrollado esta? y cómo ha tenido lugar en relación con el desembolso?

Respondió que la información del giro de los recursos lo tomó de sorpresa y se preocupó por averiguar. Se inició el proceso de interventoría y este proceso se cerró. Se presentaron propuestas, el 28 de noviembre del año pasado, fue adjudicado.

Se suscribió el 23 de diciembre la interventoría y el 30 de diciembre se inició. La orden se recibe el 31 de diciembre; con estos dos factores tanto del conocimiento del giro y la situación con la interventoría, se solicitan las actuaciones hasta el 15 de enero de 2014, día en que se suspendieron las acciones en virtud de lo ordenado por la Corte Constitucional.

Se contactó al contratista, y se analizaron estudios de verificación de obra, y en la territorial de Barranquilla en INVÍAS, y aquí se informó del pago de la iniciación del contrato, -anticipo- y se pidió por escrito dicho informe.

Intervención Del Consorcio Ribera Este

Expresó su apoderado que se trata de un tema trascendental. Siempre existieron respuestas a las observaciones de la Procuraduría, y el Director del INVÍAS, dijo: yo nunca intervine antes del 15 de julio, así no se pueden manejar los procesos contractuales.

A su juicio el Consorcio no tiene por qué sufrir las consecuencias del enfrentamiento entre el INVÍAS y el Departamento del Magdalena.

La licitación pública contó con acompañamiento de los órganos de control y a instancias de las autoridades y para constancia de ese proceso, no hay señal de clandestinidad ni de improvisación, el proceso se caracterizó por la presencia de un convenio marco y luego un convenio específico; en el que intervino el -INVÍAS-, si es que le interesaba su suerte, porque antes no se había manifestado ninguna retractación frente al convenio interadministrativo, los recursos que se comprometieron fueron discutidos públicamente, con organismos especializados, como el OCAD, CONPES; el resultado de la convocatoria fue totalmente confiable y por lo tanto el consorcio confía en que se respete la seguridad jurídica.

El Ministerio con su actitud y el INVÍAS con sus manifestaciones pretenden sustraerse de un compromiso interinstitucional. Que el contrato es válidamente celebrado y la tutela procede cuando se trata de derechos fundamentales y no para utilizarla de manera conveniente y a capricho.

La administración quiere borrar todo lo que ha hecho; hasta el momento no existen procesos administrativos; no existieron objeciones, la razón esgrimida fue utilizada por el señor abogado del Ministerio y consistió en solicitar la selección de la presente acción de tutela, en consideración a la “*sospecha*” del uso indebido de recursos públicos. Alega su calidad de tercero con interés y advierte que la insatisfacción del INVÍAS es frente al proceso de licitación,

pero solo cuando se conoce el orden de proponentes y solo un día hábil antes de la adjudicación.

Solicita investigación frente a la Interventoría; se busca es la renuncia al derecho por parte del contratante, y la administración se acusa y se defiende en perjuicio del adjudicatario; no existe violación de los derechos fundamentales.

Solicita desestimar el amparo constitucional porque no hay de por medio derechos fundamentales, como tampoco detrimento patrimonial. No existe denuncia penal que es lo mínimo que debe exigirse. Se solicita la presencia de órganos de control para el correcto manejo de los dineros públicos.

Intervención de la Directora de Regalías

Expresó que el sistema de monitoreo, busca el manejo eficaz del sistema de regalías. Se trata de un control administrativo para el uso eficiente de los recursos, ese monitoreo capta la información y la analiza. Esos ejecutores deben reportar qué está pasando con los recursos de regalías, y deben informar qué está pasando con las inversiones de éstos recursos, cómo va el cumplimiento de metas y actividades, así mismo, las entidades territoriales deben entregar dicha información; esto genera alertas y esas alertas hacen pasar a la siguiente etapa.

El seguimiento, significa, visitas que evalúan cómo va la gestión, cómo van los resultados de estos proyectos de inversión; en pos de esto, puede actuar de manera correctiva, preventiva y sancionatoria, frente al uso ineficiente e ineficaz de los recursos, para lo cual se han diseñado herramientas, entre estas un aplicativo para ver qué está sucediendo con el dinero.

Este proyecto fue aprobado por la OCAD, en octubre de 2012, órgano colegiado al que asisten ministros, alcaldes y gobernadores, previsto para dar viabilidad a proyectos fuertes. Este, en especial, fue organizado por Planeación Nacional, porque la mitad del proyecto está financiado con recursos de la Nación, y se designó como ejecutor a la gobernación. Ejecutor es el ente público responsable de realizar la contratación. Este proyecto tuvo un convenio marco, por el origen de los recursos y la interventoría. Una vez aprobado estos proyectos se activan estos recursos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público giró once mil quinientos millones a la cuenta registrada por la Gobernación y demás entidades públicas puntualmente; el restante sigue en la Gran Tesorería del Ministerio de Hacienda.

Frente a las observaciones efectuadas: 1) ordenó información complementaria 2) ordenó la visita y 3) expidió una comunicación al Gobernador, con ocasión de los antecedentes y objeciones, este oficio de la Dirección de Regalías del 12 de septiembre fue recibido el 23 de septiembre; sin perjuicio de lo anterior y considerando los pronunciamientos del -INVÍAS- y el DNP, se solicita 1) abstenerse de hacer más solicitudes de giro en hacienda 2) salvaguardar lo que

tenía en su cuenta y 3) evitar hacer desembolso de los mismos hasta contar con la definición legal del proceso contractual del proyecto, hasta el momento este oficio conserva sus fundamentos fácticos y jurídicos.

Las entidades territoriales están obligadas a reportar periódicamente una información, la de enero debía reportarse el 15 de febrero y en marzo se observó que el 17 de febrero se vio un movimiento en la cuenta sobre un pago, el 2 de enero, por concepto de 15% del pago anticipado, cuyo objeto es el mejoramiento de la vía.

El componente de control dio inicio a un procedimiento administrativo preventivo garantizando el debido proceso; se pide la interventoría sobre el desarrollo de la gestión y se les compulsó copias a los organismos de control.

El proyecto se declara de importancia estratégica de conformidad con el ordenamiento legal, que establece que, cuando se comprometan vigencias futuras deben constar en el CONPES; una vez se declara la importancia estratégica, el CONFIS, autoriza incorporar en el presupuesto y a cargo del INVÍAS los recursos de vigencias futuras y es en cabeza del representante legal, donde está el manejo de estos recursos.

Se considera que es un proyecto de importancia en consideración a:

- Incrementa la conectividad, pues conecta municipios ribereños con las ciudades de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta y Riohacha y en el sur de Plato, con Carmen de Bolívar, Bosconia y la ruta del sol.
- Se favorece la productividad, por cuanto habilita más de 52.000 mil hectáreas, que actualmente son subutilizadas. Se encuentran 27.589 hectáreas con vocación agrícola y forestal, asimismo, se habilitan 64.390 hectáreas con vocación ganadera, de las cuales se usan solo 34.000 hectáreas. Lo anterior representa el potencial de la región.
- Reduce el riesgo de inundaciones, pues contempla obras de manejo hidráulico, esto implica un 4% del PIB y 2.73% del PIB para el departamento, región que tiene un alto nivel de pobreza.

Estas consideraciones siguen vigentes al igual que el compromiso de la Nación.

Intervención de la Contraloría General de la República

Expresó que esa entidad recibió comunicación de varios diputados que exigían una intervención del orden técnico, así mismo por parte del Ministerio de Transporte, y de unas Veedurías del Magdalena, que advertían hechos de corrupción; se recibió una comunicación del INVÍAS mediante la cual se da por terminado el convenio interadministrativo y a través de la delegada se

concluye la investigación especial. Hasta la fecha no se habían realizado giros pero sí se encontraban comprometidas unas partidas presupuestales y otras por parte del sistema de regalías.

Se evaluaron unas observaciones de regalías que tenían que ver con el transporte de materiales; la delegada del medio ambiente de la Contraloría formuló una advertencia de seguimiento y se manifiesta respecto de la viabilidad ambiental y el cumplimiento de tratados internacionales.

Frente a los riesgos indispensables en materia ambiental no estaban completos los estudios con lo cual se compromete un riesgo patrimonial. Se van a modificar los flujos de agua y por lo tanto implica un riesgo para futuras inundaciones.

Existe un subtramo que no ha sido contemplado en la estructuración del proyecto con lo cual el impacto ambiental es importante, así mismo, no existe licencia ambiental por parte del INVÍAS, se solicita el mejoramiento de la carretera a Plato.

El Ministerio del Transporte manifiesta que existe una licencia antigua, y se dice que es el Ministerio del Transporte el que debe solicitar la licencia ambiental. Después de las actuaciones de la Delegada del Medio Ambiente y continuando el seguimiento se realiza una auditoria especial.

La delegada de medio ambiente está realizando las observaciones y seguimiento permanente; se realiza un seguimiento al contrato, análisis de conveniencia y oportunidad, es atípico lo del pago anticipado y tiene unos requisitos específicos, por lo que se está haciendo un seguimiento especial.

Apoderado del Consorcio Vía de la Prosperidad del Magdalena

Expresó que el proyecto se financiaba con dos fuentes: la Nación y regalías. Estos se ejecutaban a través del INVÍAS, una vez apropiada la partida en el presupuesto, el INVÍAS era el encargado de girar el recurso, es decir el certificado de disponibilidad dependía del INVÍAS; aporte que superaba el 50% del valor del proyecto, como participantes del proceso y teniendo en cuenta la importancia de este, era de especial interés y de mayor envergadura.

La reflexión que quiere plantear, tiene que ver con la pregunta que hiciera el Dr. Nilson Pinilla, sobre el convenio específico de cooperación. El día 8 de agosto, llega una comunicación que establece que el convenio se daba por terminado. Cuál era la implicación, el 50% de la disponibilidad presupuestal ya no existía. El hecho de llegar antes de la adjudicación del proceso implicaba una circunstancia de tal importancia que reflejaba el 50% del presupuesto que como mínimo ameritaba la suspensión del proceso, y es que el artículo que regula la suspensión establece que este se puede realizar con acto motivado en cualquier momento cuando se presenten circunstancias de interés público o general.

Si la carta del INVÍAS constituía una circunstancia de especial relevancia que podía afectar la vinculación del proceso, la pregunta es ¿Por qué no se suspende? la audiencia duró más de 10 horas y adicionalmente llegó el documento. ¿Cómo es de complicado entender el oficio del INVÍAS y la orden judicial?, ¿Cómo eso no dio lugar a la suspensión? Y es esta la reflexión que se quiere dejar, esa oportunidad, que tuvo y que trató de evitar y corregir la culminación del proceso.

Director Jurídico de la Cámara Colombiana de Infraestructura

Anotó que no representa a ninguna entidad en particular; el problema jurídico es sí se vulneró el derecho fundamental al debido proceso con ocasión de los yerros de la licitación y advierte:

- 1) se debe hacer referencia a la procedencia de la acción de tutela
- 2) y si los errores son sustantivos o meramente formales.

Debe reflexionarse si una entidad pública puede proteger su derecho fundamental al debido proceso, ese debido proceso es la garantía de que en el ejercicio e implementación de las prácticas administrativas se cumplan las ritualidades del acto, porque el INVÍAS, debe tener como finalidad la protección del interés público. Se deben garantizar los procedimientos administrativos como entidad pública, en consecuencia, ese deber entonces le impone utilizar todas las herramientas jurídicas.

Las ritualidades y procesos no son meros requisitos formales, con el cumplimiento de estos requisitos se protegen principios de la administración pública. Es casi que la única manera como puede controlar el Estado. Por ejemplo, cuando se contrata la mejor oferta se protege la moralidad y la eficacia, además del principio de selección objetiva, tiene dos objetivos: los particulares conociendo las reglas de juego pueden participar en el proceso y es la posibilidad con que el Estado cuenta para evaluar todas las ofertas disponibles.

El 11 de febrero se publicó una matriz de riesgo que no cuenta con la aprobación del CONPES y la publicación definitiva se hace el 10 de julio. Nadie puede tener certeza del valor del contrato hasta la publicación de la matriz de riesgo, por lo tanto, omitir la publicación de la matriz impide que todos los posibles oferentes puedan conocer el valor del contrato que se va a celebrar con el Estado.

Frente a las aclaraciones, expresó que una modificación que no se efectúe por adenda y se haga 24 horas antes impide que se sepa cómo serán las reglas del juego.

Recalcó que debe prevalecer el interés público. Y el ordenamiento jurídico es lo que da garantías y credibilidad en el sector.

Preguntas adicionales a la Procuraduría General de la Nación.

¿Algunas pruebas fueron escondidas por la Gobernación del Magdalena?

Respondió que la investigación no se refería a ese punto.

Preguntas

¿Dice que se hizo una visita a la Gobernación. Qué encontró anómalo?

Respondió que la visita pretendió recolectar información, ver el movimiento de la cuenta y al momento de la visita no se encontró ninguna situación anómala. Se evidenció que la plata seguía en la cuenta.

Preguntas a La Contraloría General de la Nación

¿Le llegó una comunicación acerca de la posible corrupción del diligenciamiento de la licitación pública?

Respondió que Sí. Que la comunicación enviada por la ministra, atendía a unas veedurías que alertaban sobre un posible direccionamiento e indicaban nombres de personas que podían resultar favorecidas.

Preguntas a la Ministra de Transporte

¿Aclare la misiva respecto de las inquietudes de la Procuraduría y Contraloría y qué otra gestión se realizó para superar estas dificultades jurídicas?

Respondió que en abril se realizó el CONPES, al cual asistió como miembro permanente del mismo, en el que se dio la viabilidad estratégica a este gran proyecto. En mayo surgieron inquietudes frente al proceso licitatorio y se dirigió al Presidente de la República quien recibió asesores y otras personas con interés de participar pero decían que era imposible, porque el proceso no era transparente.

Aprovechando que el gobernador, estaba en la ciudad de Bogotá, se le informó lo que estaba sucediendo en cuanto a que algunos oferentes interesados manifestaban que no se les permitiría participar y él le dijo al Presidente que se pediría acompañamiento a la Procuraduría.

El día del cierre, le puso un mensaje al Gobernador pero estaba encargado un secretario, le dijo: *“no lo hagas hay inconsistencias frente a la transparencia del proceso, hay inquietudes”*, y el día del cierre y adjudicación el Presidente

la llama y le dice: llame al Gobernador. Lo llama y le dijo: sentémonos y analicemos el proceso. El Gobernador dijo que no, que el seguiría el trámite porque estaba seguro de su transparencia.

Que ante esa situación como Ministra debía velar por los recursos de los colombianos, pues el proyecto estaba avalado en una suma bastante significativa.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, que revocó parcialmente la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso T-4.228.250 y la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2013, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala de Decisión Civil, que, a su vez, revocó la pronunciada por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de la misma ciudad dentro del expediente T-4.130.835, con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política, artículos 86 y 241, numeral 9º, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Expediente T-4.228.250

El asunto se contrae a establecer si la terminación de manera unilateral de un convenio interadministrativo efectuada por parte del INVÍAS, mediante Oficio DG42006 del 8 de agosto de 2013, vulnera el debido proceso del Consorcio Ribera Este y del Departamento del Magdalena. Y si la acción de tutela es el medio judicial para resolver dicho interrogante.

Expediente T-4.130.835

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la acción de tutela procede para definir si el Departamento del Magdalena vulneró el derecho fundamental al debido proceso del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, en razón de la apertura, trámite y adjudicación de la licitación LP-DM-07-2012, cuyo objeto es el mejoramiento de la vía de Palermo, Sitionuevo, Remolino y Salamina en el Departamento del Magdalena.

Para tal efecto la Sala de Revisión debe examinar los siguientes temas: *(i)* la legitimación en la causa del Consorcio Ribera Este, el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, *(ii)* El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia *(iii)* La procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra actos

administrativos. (iv) La procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos derivados del cumplimiento de un contrato estatal y las actuaciones emitidas en un proceso de licitación pública y por último (iv) análisis del caso en concreto.

3. Legitimación de las sociedades integrantes del Consorcio Ribera Este

Presentan acción de tutela los integrantes del Consorcio Ribera Este, formado por las Sociedades Compañía de Ingeniería y Servicios -COINSES S.A- Consultores para el Desarrollo, Constructora F.G. S.A. y Assignia Infraestructura S.A. Sucursal Colombia, consorcio al que le fue adjudicado, mediante acta de 12 de agosto de 2013, el contrato objeto de la licitación LP-DM-07-2012.

Como consorcio ganador de la licitación y siendo la persona jurídica a quien le fue adjudicado al contrato, sus integrantes se encuentran interesados en el desarrollo y ejecución del Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, por tanto, cuentan con la debida legitimación en la causa para interponer o intervenir en el proceso de tutela.

4. Legitimación en la causa del Departamento del Magdalena

Mediante auto del 29 de agosto de 2013, se vinculó al Departamento del Magdalena como tercero interesado, quien coadyuva la acción de tutela que presenta el Consorcio Ribera Este, contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y quien considera conculcado el derecho al debido proceso, pues la comunicación DG42066 del 8 de agosto de 2013 da por terminado el Convenio No. 649 de 2013, en virtud de una cláusula contractual.

Tanto el acuerdo Marco 1266 de 2012⁵ como el específico 649 de 2013, suscritos entre el Departamento del Magdalena y el INVÍAS, constituyen convenios interadministrativos que, como se dejó explicado, se desarrollan bajo un espíritu de colaboración y coordinación entre las distintas entidades que lo suscriben, de tal manera que deben concretar sus funciones y actividades en pro del bien común.

Esa colaboración armónica reclama que las partes actúen conforme con los procedimientos y normas legales, razón por la cual la ejecución de dichos contratos exige el cumplimiento de las normas atinentes al debido proceso, y los principios que regulan la contratación administrativa.

No existe duda del interés que le asiste al Departamento del Magdalena en el desarrollo y ejecución de los convenios Macro 1266 -2012 y 649- 2013, en consecuencia, se encuentra legitimado en la presente acción.

⁵ Folio 43, Rad 4228250, cuaderno 1.

5. Legitimación en la causa del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Promueve la acción de tutela el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, pues considera vulnerado su derecho al debido proceso con ocasión del trámite y adjudicación de la licitación LP.DM-07-2012, por parte del Departamento del Magdalena.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

El Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- es un establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto 2171 de 1992⁶, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte. Tiene como principal objetivo la ejecución de políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.⁷

Así mismo, ejecuta la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, así como tiene la facultad de celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

Considerando que el tema central del debate es la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, conviene estudiar su titularidad respecto de las entidades de derecho público y privado. La protección de los derechos fundamentales no es exclusiva del individuo, a las personas jurídicas también le son inherentes, en tanto que estas, de manera indirecta protegen derechos constitucionales fundamentales de las personas, o cuando son ellas mismas quienes ejercitan sus derechos.⁸

Frente al tema de la legitimación en la causa de las personas de derecho público, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencias SU-182 de 1998 y SU-1193 de 2003, ha reiterado:

⁶ Acuerdo 018 de 2000, Ministerio de Transporte.

⁷ Decreto 2618 de 2013

⁸ “Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúen en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-411 del 17 de junio de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero)”

*“Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, **los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece** y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.*

La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

*Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como **el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.***

En conexidad con ese reconocimiento, ha de señalar la Corte que las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que la Corte Constitucional haya sostenido desde sus primeras sentencias que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular (Art. 86 C.P.).” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Corolario de lo anterior, es que una persona jurídica de derecho público puede ser titular de derechos fundamentales como el debido proceso y, en consecuencia, se encuentra legitimada para ejercer la acción de tutela en procura de su efectiva protección cuando resulte amenazado o conculcado frente a actuaciones judiciales o administrativas, dimensiones en las que, con

idéntico rigor, se impone la estricta observancia del aludido derecho fundamental, en todos los aspectos que según la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina involucra y conlleva.

En consideración a la anterior conclusión, se procede al estudio de si el Instituto Nacional de Vías INVÍAS se encuentra legitimado en la causa, pues pretende la protección del debido proceso dentro de un trámite licitatorio que venía siendo ejecutado por el Departamento del Magdalena.

Mediante Convenio Marco No. 1266 de 2012⁹ suscrito entre el Instituto Nacional de Vías INVÍAS y el Departamento del Magdalena, se aunaron esfuerzos con el fin de adelantar los trámites necesarios, tendientes al mejoramiento de la vía Salamina –Palermo Código 2702. El Departamento del Magdalena, previa gestión de los trámites administrativos presupuestales y técnicos, debía adelantar la contratación de las obras requeridas para el mejoramiento de la vía, y la suscripción de otros convenios que al efecto se requirieren.

Sin ningún tipo de compromiso presupuestal, el INVÍAS, debe realizar un seguimiento técnico de los convenios específicos suscritos, y ejercer la supervisión administrativa a través del Director Territorial que designe. El Departamento debe gestionar los trámites administrativos, presupuestales, técnicos, financieros y legales, y se compromete a responder por la correcta planeación y ejecución del proyecto, conforme los intereses del Instituto.

En virtud del convenio específico de Cooperación Administrativa No. 649 de 2013¹⁰ derivado del Convenio Interadministrativo¹¹ No. 1266 de 2012, suscrito entre el INVÍAS y el Departamento del Magdalena, se acuerda aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo- Sitionuevo-Remolino y Salamina en el Departamento del Magdalena.

Como obligaciones por parte del Departamento se encuentra, entre otras, invertir integralmente los recursos objeto del acuerdo a través de licitación pública y de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 734 de 2012, así como por las demás normas complementarias.

El INVÍAS, por su parte, prevé aportes por valor de (\$266.900'000.000), en representación de la Nación, y (\$200.000'000.000) con cargo al Sistema General de Regalías; además debe girar al Departamento el valor de su aporte a partir del año 2014, atendiendo lo establecido en el documento CONPES

⁹ folio 43, expediente 4.228.250, cuaderno No 1.

¹⁰ Folio 233 cuaderno No. 1 primera instancia.

¹¹ Ley 489 de 1998, artículo 95 “Asociación ente entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

3742 de 2013,¹² así como la autorización del cupo de vigencias futuras para inversión.

El convenio interadministrativo constituye un consenso de voluntades entre entidades públicas y es generador de obligaciones entre las partes que lo suscriben. Su naturaleza jurídica ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “*expresión de la voluntad colegiada*” y es asimilado a un contrato administrativo. La doctrina señalada por dicha Corporación, Sección Primera, resume:

“Tampoco el convenio interadministrativo constituye acto administrativo, porque éste se caracteriza en ser expresión unilateral de la voluntad del Estado en función administrativa mediante el cual se crean, o se modifican o se extinguen situaciones jurídicas. Y aunque el convenio interadministrativo puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas no es expresión unilateral del Estado en función Administrativa; por el contrario es la expresión colegiada de voluntad.”¹³

En efecto, el acta de acuerdo que se analiza es el producto de un acuerdo de voluntades entre dos entidades territoriales encaminado a crear obligaciones para cada una de ellas; de ahí que, las obligaciones en ella contenidas sólo pueden exigirse de manera mutua por las partes”¹⁴.

Los convenios interadministrativos hacen parte de la actividad contractual del Estado, mediante la cual se obligan, de manera subjetiva, las entidades que lo suscriben, con fines comunes y de interés público. La Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado que su finalidad es “*la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados*”.¹⁵

Pues bien, es claro para la Sala que, en virtud de los convenios celebrados, surgen diversas obligaciones, tanto para el INVÍAS, como para la Gobernación del Magdalena; pues no solamente existe un acuerdo de cooperación entre ambas entidades públicas, sino que, además, este involucra compromisos para cada una de ellas, según los cuales el INVÍAS, como autoridad y ente ejecutor de políticas en proyectos de infraestructura no concesionada es, en conjunto

¹² Folio 780, Cuaderno No. 2 Primera instancia.

¹³ ACU- 1339, Sentencia de junio 6 de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez.

¹⁴ Consejo de Estado, Rad. Radicación núm.: 47001-23-31-000-2003-00123-01(ACU-00123, 4 de julio de 2003, M.P Manuel Santiago Urueta Ayola.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 30 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1881.

con el Ministerio de Transporte, el organismo que se encuentra facultado para la realización de las mismas y que, en el caso examinado, compromete aportes pertenecientes a la Nación, discriminados con vigencia de 2014 a 2016, asignación prevista en el Documento CONPES 3472¹⁶, además del suministro del apoyo técnico, asesoría, y vigilancia, circunstancia a partir de la cual resulta innegable su interés en el debido trámite del proyecto.

El Departamento, por su parte, se convierte en ejecutor del proyecto lo que conlleva contratar las obras requeridas a través de licitación pública, de conformidad con el presupuesto, la vigencia de los recursos y lo establecido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, su Decreto Reglamentario 734 de 2012, y las demás normas complementarias; debe además contar con todos los permisos, trámites, licencias y autorizaciones requeridas en materia ambiental, con cargo a los recursos del Convenio No. 649 de 2013, proceso que debe adelantar bajo su exclusiva responsabilidad.

Precisado lo anterior, al Departamento como **órgano ejecutor** de los compromisos suscritos en el convenio interadministrativo, establecidos en el CONPES 3472, le correspondía ejercer las atribuciones asignadas - contratación a través de licitación pública-, conforme con las normas, procedimientos y principios que rigen la función administrativa. Ello implica que debía respetar el debido proceso en cada una de sus actuaciones, de tal manera que una persona jurídica o entidad de derecho público involucrada de manera directa o como tercero afectado tiene subjetivamente derecho al cumplimiento de los distintos trámites y formas que dispone la ley, y, en consecuencia, hacerlos exigibles por los medios jurídicos a su alcance.

De lo anterior puede concluirse que si bien el INVÍAS, no se encuentra directamente involucrado en el proceso licitatorio ejecutado por el Departamento del Magdalena, sí es una entidad pública con claro interés en que se lleven a cabo dichos procedimientos con la plena observancia de las normas legales en la medida en que, de manera directa, compromete los dineros de la Nación, y en función de su naturaleza jurídica, es la entidad encargada, como organismo adscrito al Ministerio de Transporte, de participar en la ejecución de políticas y programas de infraestructura vial, razón por la cual no puede dejar de lado los compromisos que conjuntamente se pactaron

¹⁶ “De esta manera el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte y Departamento Nacional de Planeación –DNP-en coordinación con el Gobierno Departamental del Magdalena, han considerado el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo – Sitionuevo- Remolino-Guaimaro, como estratégico para impulsar el cumplimiento de los objetivos del PND, previendo aportes hasta por \$266.900 millones de la Nación, a través del Ministerio de Transporte -INVÍAS- (Ver anex 1), discriminados como se muestra en la tabla 1

Tabla 1 Aportes Previstos Presupuesto General de la Nación

Vigencia	PGN (millones)
2014	70.000.
2015	70.000.
2016	126.000
Total	266.900

con el Departamento del Magdalena, en virtud de los convenios 1266 de 2012 y 649 de 2013.

El proceso licitatorio por medio del cual se ejecutan las obras para el mejoramiento de la vía Palermo Sitio Nuevo, Remolino- Guáimaro en el Departamento del Magdalena, es fruto de una coordinación de esfuerzos, en virtud de la cual el Instituto Nacional de Vías es quien compromete los recursos del orden nacional, además de ejercer la supervisión y vigilancia técnica, circunstancia que permite inferir, sin duda alguna, que se encuentra legitimado para controvertir los actos que puedan derivarse de las obligaciones suscritas en el Convenio No. 649 de 2013, por vía de tutela, por cuanto le asiste un manifiesto interés jurídico en el asunto.

6. Carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

Es clara la Constitución Política cuando dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, con carácter residual y *subsidiario*,¹⁷ es decir, que procede de manera supletiva, esto es, en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o cuando existiendo estos, dicha acción se trámite como mecanismo transitorio de defensa judicial, al cual se acuda para evitar un *perjuicio irremediable*¹⁸. Según lo preceptuado por dicha disposición: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.(...)”*.

Ahora bien, el principio de subsidiariedad está contenido de manera expresa en el mismo artículo 86 cuando señala que la acción de tutela *“[...] solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Así mismo, el Decreto 2591 de 1991 dispone: *“Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que*

¹⁷ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

¹⁸ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000, y T-225 de 1993 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse las sentencias T-698 de 2004 y T-827 de 2003.

aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

6.1 Conforme con las disposiciones citadas, es claro que la protección de los derechos fundamentales no está reservada de manera exclusiva a la acción de tutela, pues la misma Constitución del 91 ha dispuesto que las autoridades de la República en cumplimiento de su deber de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2°), cuentan con diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, que garantizan la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. Por lo anterior, es que se encuentra justificada la subsidiariedad de la acción de tutela, en la medida en que existe un conjunto de medios de defensa judicial, que constituyen entonces los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.¹⁹

Es reiterada la posición de esta Corporación, en el sentido de sostener que es requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela, el agotamiento de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial previstos por la ley²⁰. Al respecto, la Corte en sentencia C-543 de 1992 señaló:

“no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

6.2 Así, 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. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa. Debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario²¹, excepcional y residual, que no puede ser visto como una vía judicial adicional o paralela²² que pueda sustituir a las vías judiciales ordinarias²³, como tampoco se ha establecido como un salvavidas, al que se pueda acudir para corregir los errores en que pudieron

¹⁹ Ver sentencia SU-037 de 2009.

²⁰ Sentencia T-116 de 2003.

²¹ Sentencia T-660 de 1999.

²² Sentencia C-543 de 1992.

²³ Sentencias SU-622 de 2001, T-116 de 2003.

incurrir las partes, o para revivir términos ya fenecidos a consecuencia de la incuria procesal de esas mismas partes²⁴, que luego de haber dejado vencer los términos para hacer uso de los medios procesales ordinarios o especiales, acuden de manera soterrada a la acción de tutela para subsanar tales omisiones.

6.3 Ahora bien, la acción de tutela será procedente, aún en presencia de otros medios judiciales de protección de los derechos fundamentales, cuando se promueva como mecanismo transitorio, pero solo para evitar un perjuicio irremediable.

6.4 En relación con el perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es *“aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.”*²⁵

7. Procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra actos administrativos

Al interpretar sistemáticamente el contenido de los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, reiteradamente esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela tiene carácter residual, habida cuenta que su procedencia está supeditada a que el afectado no cuente con otros medios de defensa judicial para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales, o que existiendo, sean inoperantes, motivo por el cual se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁶, circunstancia que implica la acreditación de los elementos que lo componen, así: (i) debe ser inminente, esto es, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) gravedad del mismo, es decir, la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; (iii) las medidas para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes y, (iv) la acción de tutela es impostergable con la finalidad de garantizar adecuadamente el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad²⁷.

En ese orden, ante la existencia de instrumentos realmente aptos y efectivos para la protección de los derechos presuntamente afectados, se debe acudir a la

²⁴ Sentencias C-543 de 1992; T-567 de 1998; T-511 de 2001; SU-622 de 2001 y T-108 de 2003.

²⁵ Esta definición se expuso en la sentencia T-351 de 2005 y ha sido retomada en diversas Sentencias de las distintas salas de la Corte Constitucional como por ejemplo: T-348 de 1997, T-823 de 1999, T-1211 de 2005, T-535 de 2003, T-368 de 2004 y T-536 de 2006 entre otras.

²⁶ Sentencias T-304 de 2007 y T-1231 de 2008.

²⁷ Doctrina reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-983 de 2001 y, T-912 de 2006.

vía judicial ordinaria y no a la acción de tutela²⁸, lo que exige, desde luego, verificar las circunstancias en las que se encuentra el solicitante.

De lo anotado se deriva que el amparo constitucional no es un medio alternativo, simultáneo, adicional o complementario de defensa, en razón a que su carácter y esencia es ser único medio de garantía de los derechos fundamentales que le brinda el ordenamiento jurídico al afectado²⁹. Es decir, no se puede acudir a ella para reemplazar los medios judiciales ordinarios dispuestos por el legislador para resolver las controversias de todo orden, sean estas por vía de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, sino que al amparo constitucional debe acudirse cuando no existe alternativa jurídica de defensa, de lo cual se infiere que es imprescindible haber hecho uso de los recursos legales que ofrece el sistema³⁰, o que la oportunidad esté abierta en caso de que se solicite el amparo transitorio.

Lo anterior, se impone para preservar el carácter subsidiario de la acción de tutela y el respeto e independencia de las diferentes jurisdicciones y su competencia exclusiva para resolver conflictos propios de sus materias, de tal suerte que se evite la desarticulación paulatina de sus organismos y se asegure el principio de seguridad jurídica. De procederse de modo contrario, se desfigura el papel institucional del amparo constitucional como medio residual de garantía de los derechos fundamentales; se niega la importancia del juez ordinario en idéntica tarea consistente en garantizar la eficacia de los derechos (art. 2º C.P.) y, se abren las puertas para desconocer el debido proceso de las partes en contienda, al desplazar la garantía reforzada de los procesos ordinarios ante la subversión del juez natural y especializado y la transformación de dicho escenario de conocimiento en uno sumario³¹.

La Corte ha insistido igualmente en la improcedencia general de la acción de tutela como medio de defensa para controvertir los actos administrativos, en razón de que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la vía judicial apropiada para impugnarlos³². Es decir, antes de acudir a la protección constitucional, deben agotarse los medios ordinarios de defensa, a no ser que el juez establezca que los mismos, no brindan un amparo pronto y eficaz a los derechos que se busca salvaguardar³³, caso en el cual la misma adquiere connotación cautelar mientras el juez especializado en los asuntos propios de lo contencioso decide de fondo el respectivo asunto³⁴.

La anterior regla general tiene una excepción, consistente en que procede la acción de tutela, cuando se pretende la suspensión del acto administrativo como

²⁸ Sentencias T-003 de 1992, T-006 de 1992 y SU-339 de 2011.

²⁹ Sentencia T-629 de 2008.

³⁰ Sentencia T-844 de 2005, reiterada en la T-629 de 2008.

³¹ Sentencia T-514 de 2003 y T-629 de 2008.

³² Sentencias T-629 de 2008 y T-536 de 2009.

³³ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-502 de 2010, T-715 de 2009 y SU-339 de 2011.

³⁴ Sentencia T-435 de 2005.

medio necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable³⁵. En esos casos, la decisión emitida por el juez constitucional debe limitarse a la suspensión de los efectos del acto administrativo controvertido, mientras el juez de lo contencioso administrativo resuelve la controversia suscitada, en cuanto a la constitucionalidad y/o legalidad del acto, cuya suspensión se ordenó por vía de tutela³⁶.

En síntesis, (i) por regla general, la acción de tutela es improcedente como recurso principal de defensa para buscar la protección de derechos fundamentales cuya afectación se genera por la expedición de actos administrativos, cuando existan otros instrumentos jurídicos (ante la propia administración y judiciales) para su defensa; (ii) procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actuaciones administrativas cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irreparable y, (iii) únicamente en esta última circunstancia, el juez de tutela está autorizado para suspender la aplicación del acto administrativo (art. 7° del Decreto 2591 de 1991) y ordenar que el mismo no se aplique (art. 8° *ibidem*) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁷.

8. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos derivados del incumplimiento de un contrato estatal y las actuaciones emitidas en un proceso de licitación pública

La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, reseñada en el punto anterior, se aplica frente a las decisiones adoptadas en la contratación estatal, razón por la cual, los afectados deben ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁸. Es decir, se trata, respectivamente, de la autotutela de la administración y la tutela judicial. Utilizando la primera, es la misma administración a través de la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, la que controla o corrige sus decisiones y, mediante la segunda, los administrados pueden controvertir a través de la vía judicial las decisiones de la administración³⁹.

La Sala de Revisión pasa analizar las acciones que proceden respecto de un convenio interadministrativo y las que pueden interponerse en el transcurso de un proceso de licitación pública.

³⁵ A ese respecto, en la sentencia T-965 de 2004 se sostuvo: “Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. El ámbito propicio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa, quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo”.

³⁶ Sentencia T-629 de 2008.

³⁷ Sentencias T-514 de 2003 y T-629 de 2008.

³⁸ Sentencia T-569 de 1998.

³⁹ Sentencias C-319 de 2002 y T-796 de 2006.

8.1 Acciones que proceden respecto de un Convenio Interadministrativo

Los convenios interadministrativos, asocian la voluntad de dos entidades públicas. En esa medida pueden coordinarse y ejecutarse finalidades comunes, en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad y se obligan y comprometen conforme lo acuerdan en el contrato. Al adoptar la naturaleza de un contrato estatal, se encuentran regulados por el estatuto de contratación, Ley 80 de 1993. Así se ha definido por la jurisprudencia contencioso administrativo:

“Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación se está ante una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a “la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados”⁴⁰

Para la doctrina existe claridad en la ubicación de los convenios interadministrativos dentro de la actividad negocial de la Administración. Si bien es cierto, que constituye una especie distinta del contrato, coincide con éste en que las manifestaciones de voluntades comprometen situaciones subjetivas, generan el cumplimiento de obligaciones en cabeza de cada una de las partes. La diferencia radica en que los intereses en juego no son contrapuestos sino coincidentes entre sí y con el interés general. La participación de dos entidades que tengan capacidad de contratación de acuerdo con la Ley 80 constituye un presupuesto ineludible de la definición de convenio interadministrativo, su objeto es la implementación de modos de gestionar la actividad pública, en algunas oportunidades ejercer funciones administrativas sin que ello conlleve una delegación de las mismas.

Se trata entonces, de relaciones de paridad⁴¹ entre diferentes entidades de carácter administrativo, cuyas competencias recaen sobre la misma materia lo que ocasiona su constante interacción. La forma de actuación conjunta se da mediante convenios interadministrativos, los cuales son un desarrollo directo de los

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 30 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1881.

⁴¹ La Sala de Consulta de Servicio Civil ha entendido que en virtud del principio de coordinación y mediante la utilización de convenios interadministrativos, la ley y la constitución permiten que las entidades administrativas puedan relacionarse en términos de igualdad. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 5 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad: 1877.

*principios de colaboración y coordinación consagrados constitucional y legalmente*⁴²

Dilucidado lo anterior, las acciones que proceden y pueden interponerse frente a los convenios interadministrativos son la acción ejecutiva y la acción de controversias contractuales, según el caso, las cuales son ejercitadas solo por las personas que la ley autoriza.⁴³

Debe diferenciarse la ejecución de las obligaciones que emanan del contrato estatal y la acción ejecutiva. La fuente de ejecución o cumplimiento de un contrato está en los compromisos que emanan de él, de tal manera que, las partes que lo suscriben se encuentran comprometidas y la ejecución del mismo debe realizarse conforme con los procedimientos y normas legales.⁴⁴

La acción ejecutiva tiene como fundamento una obligación insatisfecha que es clara, expresa, exigible y proviene del deudor –título ejecutivo-, y en consecuencia, para proceder a su ejecución, el título que sirve de soporte debe reunir los requisitos formales y sustantivos que exige la ley, sea singular o complejo.⁴⁵

Ahora bien, la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, abre la posibilidad de: 1) declarar la existencia del contrato, 2) declarar su nulidad, 3) solicitar su incumplimiento o revisión, 4) solicitar la indemnización de perjuicios, y 4) su liquidación. Se trata de una acción distinta e independiente de las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

La acción de controversias contractuales resulta idónea a efectos de solicitar la declaratoria de nulidad del contrato o su incumplimiento. La nulidad de un contrato se encuentra regulada en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación 35746, 7 de octubre de 2009

⁴³ . C.de E. ACU-00123, 4 de julio de 2003, M.P Manuel Santiago Urueta Ayola.

⁴⁴ *Son dos fenómenos jurídicos sustancialmente distintos: la ejecución de las obligaciones que emanan del contrato y el cobro compulsivo de las mismas.*

Respecto al primero de ellos se precisa: en nuestro sistema jurídico el contrato como fuente de obligaciones y derechos es una ley para las partes, ya se trate de personas públicas o privadas. En el ámbito estatal, estructurado o perfeccionado un acuerdo contractual, las partes que lo suscribieron quedan obligadas a cumplir con las obligaciones recíprocas pactadas en él.

En consecuencia, el fin de todo contrato es su cumplimiento, es decir, que sea ejecutado. De tal manera, ejecutar un contrato es dar contenido real y concreto a las obligaciones convenidas; es el destino normal esperado, ya que todo acuerdo se fundamenta en los principios de buena fe y lealtad que rigen la correcta realización de los acuerdos. (Consejo de Estado, 9 de octubre de 1997, radicado 13702).

⁴⁵ Reiteradamente, la jurisprudencia ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones formales y sustantivas esenciales. Las formales consisten en que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación sean auténticos, y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley. (...) Las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, sean claras, expresas y exigibles. (Consejo de Estado).

- 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.

La nulidad del contrato trae como consecuencia su desaparición del mundo jurídico. En consecuencia, se retrotraen las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a su celebración.⁴⁶

Ahora bien, tratándose del incumplimiento de las obligaciones pactadas en un contrato estatal procede su resolución con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, lo que puede hacerse efectivo a través de la acción de controversias contractuales, mediante la cual se puedan efectuar otras declaraciones y condenas, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia como una facultad para solicitar la resolución judicial del contrato. *“Quiere, decir, que la declaratoria judicial de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes de la relación negocial, en virtud de la denominada condición resolutoria tácita, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, puede enmarcarse, sin reparo alguno, dentro de esta última finalidad prevista por la ley para el ejercicio de la acción contractual.”*⁴⁷

En resumen, la acción procedente para dirimir las controversias que se deriven de los llamados convenios interadministrativos al ser estos una expresión de la actividad negocial del Estado es la acción de controversias contractuales, a través de la cual se puede obtener la terminación del contrato estatal: 1) mediante la solicitud de nulidad por las causales previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y 2) la solicitud de resolución del contrato, sin perjuicio de que se configuren los modos anormales de terminación –cláusulas exorbitantes-.⁴⁸

⁴⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 17767, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

⁴⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 15797, C.P. Miryam Guerrero Escobar.

⁴⁸ *“Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato.”* (Consejo de Estado 20968 9 de mayo de 2012). Frente al tema Ver sentencia Rad. No 20698, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 9 de mayo de 2012, Contratos estatales en los cuales se prescinde de la inclusión de cláusulas exorbitantes. En principio no existe colisión se debe consultar los alcances del respectivo contrato.

8.2 El proceso de licitación pública y las acciones que proceden respecto de los actos administrativos que se emiten en su desarrollo

8.2.1 Generalidades del Proceso de Licitación

El proceso de licitación⁴⁹ es el conjunto de procedimientos y trámites de la administración que pueden dar origen a un contrato estatal. Una invitación que emana de la voluntad de las entidades administrativas, quienes hacen una oferta pública dirigida a las personas interesadas en la realización del contrato y entre quienes se selecciona la mejor oferta, acorde con los intereses públicos del Estado y conforme con los procedimientos, normas y principios legales⁵⁰.

En general, la actividad estatal en materia de contratación y en especial en el desarrollo de una licitación debe respetar los mandatos y principios constitucionales de: *“legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (ar. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)”*⁵¹

La doctrina ha establecido distintas etapas dentro del curso del proceso licitatorio: *i)* etapa previa en la cual se realizan las autorizaciones, aprobaciones, se elaboran los estudios, diseños, planos evaluaciones, pliegos de condiciones, disponibilidad presupuestal y publicación de avisos *ii)* la etapa inicial, en la cual se da apertura a la licitación del contrato, plazos, presentación de propuestas y la evaluación de las mismas y *3)* la etapa final, en la que se adjudica el contrato y se firma o se declara desierta la licitación.

De conformidad con la Ley 80 de 1993, artículo 30, inciso 1º, la licitación inicia mediante un acto administrativo motivado -acto de apertura-. La apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad, en el cual se analiza la conveniencia, oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones según el caso. Asimismo, debe contener los diseños, planes de inversión, adquisición, compras, presupuesto, ley de apropiaciones y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.⁵²

⁴⁹ Ley 80 de 1993, Artículo 30. Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

⁵⁰ **Artículo 23º.-** *De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

⁵¹ Consejo de Estado Rad. 24715/2007.

⁵² Artículo 30. Inciso 2 numeral 1. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición

La planificación y ejecución del contrato estatal nace con los estudios previos, la entidad pública analiza la conveniencia y justificación de la contratación, en consecuencia, debe estudiar su viabilidad técnica, económica, ambiental, e impacto dentro de la comunidad. En dichos estudios se fijan los parámetros de mercado, se establece un marco de referencia en cuanto a precios no solo para la administración sino para quienes desean participar en la oferta.

En la etapa previa de la contratación se da origen al pliego de condiciones, acto que profiere la entidad pública, en el cual se establecen los requisitos y distintos criterios de evaluación, y que tiene como objetivo el fin perseguido en la contratación. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza reglamentaria de acto unilateral predispuesto que es, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación (...)”⁵³ *(negrilla fuera de texto)*⁵⁴

De conformidad con el inciso 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los pliegos de condiciones deben contener:

“los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. .

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una

o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Mayo 3 de 1999. Rad. 12.344.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 18059, 30 de noviembre de 2006.

*escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.*⁵⁵

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

El pliego de condiciones resulta ser un acto vital dentro del proceso de contratación, no solo porque en él se identifica el contrato y se justifica su necesidad para la administración, sino porque fija las pautas para quienes desean participar en el proceso, el contenido y condiciones de la propuesta, de igual manera, los criterios que la entidad tendrá en cuenta al momento de su adjudicación.

Constituye un acto administrativo preparatorio que si bien se considera previo al proceso, se transforma en esencial, y en el que se permite una construcción didáctica, con estricta observación de las normas del debido proceso, y total transparencia tanto para la entidad pública como para las partes interesadas.

En sentencia SU 713 de 2006, la Corte fijó las reglas que permiten seleccionar al contratista en el pliego de condiciones:

⁵⁵ .Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-932 de 2007](#), en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas. La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32 de la Ley 1150 de 2007](#).

- *“La identificación del objeto de la licitación, esto es, el señalamiento de las obras, servicios o bienes licitados. Para el cumplimiento cabal de esta regla resulta indispensable la elaboración previa de los estudios, diseños y proyectos requeridos para determinar la viabilidad física y jurídica del objeto a contratar⁵⁶. Este requisito reviste una trascendencia mayor, en cuanto se convierte en el parámetro que permite la comparación objetiva de los ofrecimientos, pues si el objeto a contratar fuese disímil, no sería posible la confrontación de propuestas.*
- *La delimitación de los proponentes, es decir, la orientación de la licitación a aquellas personas con vocación para participar en la misma y que reúnan las condiciones de experiencia, capacidad y solvencia económica requerida por la Administración. La legalidad de estas restricciones se somete a la conexidad con el objeto de la licitación y a la generalidad de su contenido, pues el reconocimiento de condiciones que no obedezca a un fundamento serio razonable, implican un desvío de poder y un desconocimiento del principio de libertad de concurrencia.*
- *Fijación de las condiciones de las propuestas. Son aquellos requisitos previstos en los pliegos de condiciones, cuyo propósito consiste en verificar la calidad de los proponentes, y que se estructuran alrededor de las exigencias de capacidad, habilidad e idoneidad para el cumplimiento del objeto contratado. Este tipo de requisitos no confieren puntos al momento de calificar una oferta como ocurre con los factores o criterios de selección, sino que se limitan a comprobar la aptitud del proponente para desarrollar y ejecutar cabalmente la obra, servicio o bien sobre la cual recae la licitación. Con todo, el Decreto 2170 de 2002, permite su presentación a la entidad estatal, “(...) en cualquier momento, hasta la*

⁵⁶

Ley 80 de 1993. art. 25. núm. 7 y 12. Decreto 2170 de 2002. art. 8.

adjudicación”, siempre y cuando dichos requisitos no sean insubsanables.

- *Criterios de selección.* Apuntan a aquellas exigencias previstas en los pliegos de condiciones necesarias para permitir la comparación de las ofertas y que, por ende, permiten escoger la más benéfica para la entidad estatal. Entre ellos, se reconocen, los siguientes: el precio, la garantía de calidad, factores técnicos, etc. Su ponderación, en cada clase de contrato, se encuentra prevista en las condiciones del pliego, sin que necesariamente pueda considerarse la mejor oferta aquella que resulte más económica para la Administración, sino aquella que salvaguarde el cumplimiento de los fines del Estado.

- *El procedimiento de adjudicación, esto es, el conjunto de requisitos de tiempo, forma y lugar que le corresponde establecer a la Administración, con el fin de ajustar el procedimiento licitatorio al trámite preestablecido en la ley, con el fin de seleccionar la mejor propuesta con base en los principios de libertad de concurrencia e igualdad de condiciones.*

- *En segundo lugar, el pliego de condiciones además de ser la ley de la licitación es una verdadera ley del contrato, al precisar el objeto de la relación jurídica, o en otras palabras, el conjunto de derechos y obligaciones que asumen las partes al manifestar su consentimiento.”*

El proceso de licitación⁵⁷ continua con una etapa en la que se impone la obligación de realizar publicaciones mediante aviso que informen el objeto y

⁵⁷ Artículo 30 de la Ley 80 de 1993 inciso 4°, Modificado por el art. 220, Decreto 019 de 2012 prescribe: “3° Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

características de la licitación; dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas, se celebrará audiencia pública, a solicitud de las personas que retiraron los pliegos de condiciones, en la cual se determinarán los contenidos y el alcance de los documentos, lo que debe constar en un acta.

Como resultado de la audiencia celebrada, se obtienen las modificaciones que deben ser efectuadas por el representante de la entidad en relación con los documentos y, de ser necesario, se prórroga el proceso hasta por seis (6) días hábiles, con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mismos, así como de oír a los interesados, sin perjuicio de que dentro del plazo de la licitación, cualquiera que tenga interés pueda solicitar aclaraciones adicionales, a lo cual debe responder la entidad mediante comunicación escrita y con el deber de enviarla a todas y cada una de las personas que retiraron el pliego. Siguiendo con el trámite inicial de la licitación, los informes de evaluación de las propuestas deben permanecer en la secretaría por un término de cinco (5) días hábiles⁵⁸ para que los oferentes presenten sus observaciones, sin que esto implique adición, modificación o mejora de sus propuestas. Se señalan los plazos para la adjudicación, para dar paso a la etapa final: la audiencia de adjudicación, en dicha audiencia se levanta un acta en la que se deja constancia de las deliberaciones efectuadas, se procede al acto de adjudicación que se realizará mediante resolución motivada, que es irrevocable y obliga tanto a la entidad como al adjudicatario.

Resulta indispensable dentro del proceso de contratación dar cumplimiento al principio de publicidad. El Decreto 734 de 2012, artículo 2.25 establece la responsabilidad de las entidades contratantes de publicitar todas los procedimientos y actos⁵⁹ asociados a los procesos de contratación salvo los

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4o. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.⁵⁷

⁵⁸ “8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.(Ley 80 de 1993 artículo 30 inciso 8º).

⁵⁹ Documentos a publicar: “1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones o expresiones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar

asuntos expresamente sometidos a reserva, los cuales deben publicarse en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop).

La creación del portal de contratación al servicio de la publicidad hace visible y global el proceso de contratación y *“amplia el espectro de conocimiento de las invitaciones a contratar ya que en lugar de divulgarse en el limitado espacio geográfico se difunde a través de un sistema de cobertura nacional.”*⁶⁰

8.2.2 Acciones que proceden dentro del proceso de licitación pública

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011⁶¹, los actos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos previstos en los artículos 137 y 138 de dicha ley, según el caso.

Corresponde entonces distinguir entre los actos que conforme al proceso licitatorio son precontractuales y los que se profieren con ocasión de la actividad contractual. Tal precisión resulta esencial, en la medida en que permite determinar las acciones que proceden y las oportunidades en que deben interponerse.

En relación con los actos precontractuales⁶² la posición que hasta ahora mantiene la jurisprudencia del Consejo de Estado es la de permitir su control

físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos. 3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas. 4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos. 5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación. 6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos o la correspondiente para la mínima cuantía. 7. El pliego de condiciones definitivo. 8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y de revisión de la asignación de riesgos previsibles y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas. 9. El acto administrativo de suspensión del proceso. 10. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura. 11. Las adendas a los pliegos de condiciones y demás modificaciones a los estudios previos en caso de ajustes a estos últimos si estos fueron publicados o la indicación del lugar donde podrán consultarse los ajustes realizados, y al aviso de convocatoria en el caso del concurso de méritos. 12. El acta de cierre del proceso y de recibo de las manifestaciones de interés o de las ofertas según el caso. 13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de concurso de méritos, el de selección abreviada y el de mínima cuantía. 14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. 15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación. En los casos de subasta inversa, el acta de la audiencia si es presencial o su equivalente cuando se realiza por medios electrónicos. 16. El acto de conformación de lista corta o multiusos así como el acta de la audiencia pública de precalificación. 17. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección o de no conformación de la lista corta o multiusos. 18. El contrato, las adiciones, prórrogas, modificaciones o suspensiones, las cesiones del contrato previamente autorizadas por la entidad contratante y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta. 19. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral cuando hubiere lugar a ella.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera; Rad 26332, C.P. Enrique Gil Botero, 12 de agosto de 2014.

⁶¹ “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”.

⁶² En la etapa precontractual, la administración pública contratante, puede adoptar distintas decisiones, que sin duda alguna pueden calificarse en un sentido lato como actos administrativos. Los efectos producidos por

judicial, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho siempre y cuando sean actos definitivos o que impidan continuar con el procedimiento de selección.⁶³

Frente al tema, esta Corporación tuvo la oportunidad de diferenciar los distintos actos administrativos y las acciones procedentes en el proceso de licitación pública:

“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 licitatorio⁶⁴.

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

algunos de ellos, sin embargo, son mediáticos y por consiguiente trascienden a los efectos de otros; estos se denominan: actos administrativos precontractuales “de trámite”. Consejo de Estado Rad. 26649/2007.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁴ Entiéndase 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).

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. (...)

En esa dirección se ha encaminado la postura de esta Corte, al señalar que la acción de tutela no procede, para (i) impugnar todos aquellos actos proferidos antes de la celebración del contrato, porque para ello se dispone de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, a la que puede acudir el afectado dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación⁶⁵. Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos, únicamente se podrá invocar como fundamento de la nulidad absoluta del mismo a través de la acción contractual. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato (art. 87 C.C.A.)⁶⁶; (ii) para controvertir actuaciones adoptadas en la ejecución del contrato, buscando, entre otros, modificar las condiciones pactadas y a las cuales las partes se sometieron voluntaria y libremente, ni para perseguir mejoras económicas con ocasión de la ejecución del mismo⁶⁷, debido a que para ello se previó la acción de controversias contractuales (art. 87 C.C.A.)⁶⁸ y, menos

⁶⁵ Sentencia T-093 de 2008 y T-841 de 2009. En la última sentencia se cuestionó por vía de tutela la Resolución 3691 de 2008, expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, “por medio de la cual se revoca la adjudicación del contrato de selección abreviada 01 de 2008”, en la que se concluyó que el amparo constitucional no procede para dejarla sin efectos, porque los actores contaron con la acción de nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho para controvertirla.

⁶⁶ Sentencia T-373 de 2007.

⁶⁷ Sentencia T-629 de 2008.

⁶⁸ Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. “DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Ver Notas del Editor> <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán 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. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes (...).”

aún, (iii) para impugnar la liquidación del contrato, alegando, por ejemplo, la existencia de un pacto de compromiso, aplicable inclusive en esa etapa, en razón a que precisamente la existencia de dicha cláusula es la que permite una vía jurisdiccional de defensa idónea para discutir y examinar los desacuerdos surgidos en la mencionada liquidación contractual⁶⁹. ”⁷⁰

Ahora bien, armonizando dicha postura con las nuevas normas procesales, tanto los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho. Al respecto el Consejo de Estado ha decantado que: *“el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos -generales o particulares- que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado”* y que por lo tanto *“el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación.”⁷¹*

Una última jurisprudencia del Consejo de Estado desarrolla tres hipótesis en relación con la demanda de los actos precontractuales:

“La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial

⁶⁹ Sentencia T-1017 de 2006.

⁷⁰ SU-713-2006.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012), Jaime Alberto Santofimio Gamboa.

de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁷².

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a

⁷² Se acude aquí a la interpretación tanto como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la *reducción al absurdo*, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no conllevaría ningún efecto, -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del *efecto útil de la norma*.

reclamar la declaratoria de “... ilegalidad de los actos previos solamente ... como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato”.

*La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos**⁷³, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.*

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la

⁷³ De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se detallará más adelante en el punto 5 de las consideraciones de la presente sentencia.

*consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aun estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente*⁷⁴”.⁷⁵

En ese mismo fallo se realizó la precisión de que dicho término especial desaparece con la expedición de la Ley 1437 de 2011, aplicable a los procesos judiciales que se promueven después del 12 de julio de 2012, y el término para interponer dichas acciones es de cuatro meses, para los actos anteriores a la celebración del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el curso de las anteriores acciones, las partes cuentan con la posibilidad de solicitar medidas cautelares, que tienen como finalidad garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁷⁶.

Las medidas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, entre estas se cuenta la de: **“Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida”**.(resaltado fuera del texto). O la consagrada en el inciso 3 de “Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.”

Excepcionalmente podría proceder⁷⁷ el amparo constitucional como mecanismo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio *ius fundamental* irremediable, con evidente repercusión sobre los derechos fundamentales.

9. Análisis del caso en concreto.

⁷⁴ Esta conclusión se apoya también con un argumento *a contrario sensu*, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días si no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y *en sentido contrario* una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 28479, 13 de noviembre de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada el 12 de febrero de 2014, Rad. 31.753.

⁷⁶ Artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

⁷⁷ Sentencias T-373 de 2007 y T-629 de 2008.

Las Sociedades integrantes del Consorcio Ribera Este, coadyuvado por el Departamento del Magdalena promueven acción de tutela (Expediente T-4.228.250) contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, con el fin de que le sean amparados los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica, buena fe, buen nombre y confianza legítima, pues la accionada dio por terminado, de manera unilateral, el Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, que suscribió con el Departamento del Magdalena para el Desarrollo de la licitación pública LP-DM-07-2012. En consecuencia, solicitan que se deje sin efectos la decisión de terminar unilateralmente dicho convenio.

De otra parte, El Instituto Nacional de Vías INVÍAS, presentó acción de tutela (Expediente T-4.130.835) con el fin de que se ampare el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se ordene la revocatoria del acto de apertura de la licitación pública LP-DM-07-2012. De manera subsidiaria, solicita que se ordene declarar desierta la misma.

Consideró el INVÍAS que las irregularidades que se presentaron en la licitación pública, LP-DM-07-2012, vulneraron su derecho fundamental al debido proceso, puesto que el Departamento del Magdalena se comprometió a adelantarlos conforme con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y Decretos Reglamentarios, en virtud del Convenio No. 649 de 2013.

En las acciones de revisión que son objeto de estudio, dos son las actuaciones realizadas por parte de la administración que se controvierten, la primera de ellas, el proceso de licitación LP-DM-07-2012, el cual se efectuó teniendo como responsable al Departamento del Magdalena. La segunda, es la terminación unilateral del Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, celebrado en virtud del Convenio No. 1266 de 2012.

Cada una de estas actuaciones comparte una finalidad común cual es el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo-Sitionuevo-Remolino- Salamina, en el Departamento del Magdalena, al cual se le reconoce importancia estratégica, no solo a nivel Regional sino Nacional, y en el que están comprometidos muy significativos recursos públicos.

El convenio interadministrativo celebrado entre el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, establece un marco de cooperación y colaboración para el proyecto de mejoramiento de una vía de gran impacto regional y desarrolla un plan de conectividad nacional. Sin discutir la responsabilidad y la ejecutabilidad del convenio por parte del Departamento del Magdalena, en él se establece una serie de obligaciones para cada uno de los intervinientes, lo que da lugar a exigir su cumplimiento por parte de quienes lo suscriben.

Se hace especial énfasis en una de las obligaciones que específicamente describe el convenio mencionado y es el desarrollo del proceso de licitación del

contrato para el mejoramiento de la vía por parte del Departamento del Magdalena con sujeción a las normas legales, proceso que debe adelantar bajo su exclusiva responsabilidad, en el que cualquier reclamación judicial o extrajudicial corre a su cargo y en el que el INVÍAS actúa como vigilante del cumplimiento de las obligaciones y compromisos acordados.

Lo anterior llevó a la Sala a concluir, que sí le asiste interés al INVÍAS no solo en cuanto al trámite de la licitación del proyecto sino en lo que toca con su ejecución, todo lo cual debió realizarse conforme con las normas legales, aspecto que le corresponde vigilar. Asimismo, se evidencia el interés del Departamento del Magdalena por mantener el Convenio vigente, pues gran parte de los recursos provienen del compromiso presupuestal de parte de la Nación, en la financiación del proyecto.

De las irregularidades planteadas tanto por el INVÍAS, como por la Procuraduría General de la Nación en el proceso de licitación se pueden concretar tres escenarios de discusión en los que aquellas pudieron configurarse:

(i) A juicio de esas entidades se presenta la violación del principio de transparencia. Dado que durante la licitación debe darse publicidad a todos los procedimientos y actos que la estructuran. Para efectos de materializar tal exigencia, se desarrolló el Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”, el cual busca imparcialidad y transparencia en el manejo de la información. La Ley 1150 de 2007, en su artículo 8º, contempla la obligación de publicar los documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. El 11 de febrero de 2013, la Procuraduría General de la Nación⁷⁸, en uso de su función preventiva, efectuó recomendaciones frente a dos aspectos específicos como fueron los estudios previos, su publicación y los avisos de que trata el artículo 30, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, aspecto que puso de presente el INVÍAS en la acción de tutela⁷⁹.

(ii) En cuanto al cumplimiento en el manejo de los términos que consagra la Ley 80 de 1993, el INVÍAS y la Procuraduría aducen distintos eventos en los que el Departamento del Magdalena, no los observó, a saber: la publicación de avisos sin que uno de estos fuera fijado dentro de los intervalos señalados, y la citación a la audiencia de aclaración, precisión y alcance del pliego. El cumplimiento de los términos dentro de un proceso de licitación hace posible que se desarrollen los principios que contribuyen al proceso de selección

⁷⁸ Folio 276

⁷⁹ En cuanto a la violación al principio de transparencia. El 11 de febrero de 2013, la Procuraduría General de la Nación⁷⁹ en uso de su función preventiva, efectuó recomendaciones frente a dos aspectos específicos como fueron los estudios previos, su publicación y los avisos de que trata el artículo 30, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, así mismo lo advierte el INVÍAS en la acción de tutela, en cuanto a que el acto administrativo de apertura del proceso fue publicado en el SECOP el día 11 de junio de 2013.

objetiva del contratista, como son la publicidad, la economía, responsabilidad, transparencia e igualdad entre las partes⁸⁰.

(iii) El tercer y último escenario de discusión guarda relación con la modificación al pliego de condiciones a través del documento de aclaraciones producido un día hábil antes del cierre. Se insiste en que la modificación de los pliegos de condiciones solo es posible a través de adendas, sin que se pierda identidad ni se afecte de manera sustancial los pliegos y documentos previos publicados. Las aclaraciones, descifran y dilucidan los aspectos oscuros del pliego de condiciones. El realizar una propuesta por parte de uno de los oferentes es una situación que debe ser analizada por la entidad administrativa con extremo cuidado, pues la respuesta no puede exceder el marco jurídico correspondiente para convertirse en un pronunciamiento por parte de la entidad pública, que implique una complementación, adición o modificación del pliego⁸¹.

⁸⁰ Tanto la Procuraduría como el INVÍAS objetan: 1) Que la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, se realizó un día después del término señalado por la ley. Y 2) Advierten que el documento de aclaración del 12 de julio de 2013, constituye una verdadera modificación al pliego que debió efectuarse mediante adenda, y que no podía realizarse sino dentro de los tres (3) días anteriores al proceso de selección de los oferentes.

⁸¹ A juicio del INVÍAS y el ente de control, la última modificación a los estudios previos se llevó a cabo el 12 de julio de 2013, esta realizó cambios sustanciales, en cuanto incluyó apartes de participación de filiales, eliminó actividades exigidas a los proponentes, redujo requisitos, permitió experiencias en consultoría y la presentación de maestrías y doctorados, eliminó la penalización por inasistencia a la visita de obra; condiciona la entrega del anticipo al flujo de caja y otras formalidades; se requirió la constitución de una garantía. Así mismo, se controvierte en la acción de tutela la modificación al pliego de condiciones pues esta debió realizarse mediante adenda, y que en la licitación el plazo máximo para su expedición era el 9 de julio de 2013. Se efectuaron modificaciones al pliego el día 10 de julio de 2013 respecto de: la minuta del contrato, formato de presentación de la oferta, hoja de vida de especialistas, y matriz de riesgos ajustada CONPES, y fue aclarado el pliego un día hábil anterior al cierre mediante la denominada “Aclaración a los pliegos de condiciones”. Se hizo claridad en cuanto a que los ajustes a formatos y anexos no requieren ser hechos por adenda, siempre y cuando sean publicados en el SECOP; que las aclaraciones efectuadas guardan relación con conversiones, requerimiento de equipos, requisitos del profesional de aseguramiento o gestión de calidad, cupo de crédito en firme y subcontratación.

Se destacan y unifican las siguientes presuntas modificaciones:

- La conversión efectuada de 2.3T/M3, a 1.3T/m3. Folio 139 cuaderno principal.
- Se modificó la calidad exclusiva de ingeniero que se exigía del profesional de aseguramiento, en su lugar, se acepta otra carrera en pregrado. Folio 180 CC2.
- Respecto de las condiciones financieras se eliminó la obligatoriedad del extracto. Folio 78 CC2 Vuelta.
- Los equipos solicitados debían ser declarados y relacionados y se debía contar con los mismos al momento de la ejecución del contrato. Sin embargo, en la aclaración se establece que: *“independientemente de haber o no ofertado total o parcialmente los equipos con su propuesta”*, lo que a juicio del INVÍAS permite entender que dejó de ser obligatoria su declaración. Folio 196 cuaderno 2 *“ El proponente deberá acreditar con su oferta que cuenta con los siguientes equipos de dedicación exclusiva para la ejecución de la obra los cuales deberá ser puestos a disposición del Departamento del Magdalena antes de la ejecución del contrato. Forma de acreditar: si el equipo es de su propiedad deberá adjuntarse la tarjeta de propiedad o carta mediante la cual hizo la opción de compra, si el equipo es leasing: copia del respectivo contrato, si el equipo es alquilado, el documento de alquiler y la tarjeta de propiedad (resaltado fuera del texto) <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86265> (documento publicado 12 de julio de 2013. (folio 196, vuelta y 197 CC 2). Frente a este punto la Contraloría General de la República manifiesta que el presupuesto oficial se estima en \$436.000’152.000 y el ítem más representativo del proyecto es el de transporte que representa cerca del 47%, porcentaje similar al propuesto por el oferente ganador de la licitación. Folio 363 Cuaderno No 3.*

Como fue expuesto en el punto 7.2.3 de esta providencia, la acción de tutela resulta improcedente, como regla general, para controvertir actos administrativos precontractuales o los emitidos en la ejecución o en la liquidación del mismo, porque el ordenamiento jurídico regula medios de defensa idóneos y eficaces ante la propia administración y judiciales para salvaguardar los derechos que puedan resultar afectados.

Es claro para la Sala que el INVÍAS, el Departamento del Magdalena y los integrantes del Consorcio Ribera Este, cuentan con medios de defensa judicial idóneos, para controvertir la legalidad de los actos administrativos y de la actuación objeto de reparo.

Respecto del Departamento del Magdalena y el acto administrativo que dio por terminado el Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, debe advertirse que es procedente la acción de controversias contractuales a través de la cual se pueden objetar los hechos de ejecución y cumplimiento del contrato o, inclusive, los que expida la administración en ejercicio de sus poderes exorbitantes.

Por su parte, el INVÍAS, cuenta con la acción de controversias contractuales mediante la cual puede solicitar la nulidad del acto administrativo que adjudicó el contrato en virtud del proceso de licitación llevado a cabo por el Departamento del Magdalena. Y, frente a los actos precontractuales de carácter definitivo, estos pueden controvertirse a través de la acción de controversias contractuales, y solicitar su nulidad, en consideración a que en el momento en que se interpuso la acción de tutela ya se había adjudicado y firmado el contrato con el contratista elegido. De igual manera, al tenor de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 procede la suspensión provisional de la resolución que adjudicó el contrato y sus efectos.

Considera la Sala que las distintas observaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación y el INVÍAS que pueden dar lugar a viciar el proceso licitatorio son susceptibles de ser discutidas en la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acciones que proceden desde el momento mismo en que la administración profirió los actos administrativos definitivos dentro del proceso de licitación.

El Consorcio Ribera Este, cuenta igualmente con un mecanismo judicial que le permite controvertir el acto administrativo que da por terminado el Convenio Interadministrativo celebrado entre el Departamento del Magdalena y el INVÍAS, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que

podía acudir dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Ahora bien, no puede desconocer la Sala la regla establecida en el fallo SU-713 de 2006, aplicable al caso concreto, dicha sentencia señala que:

“ 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. (...)

Por consiguiente, como previamente se expuso, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio, por ejemplo, paralizando los efectos de un pliego de condiciones manifiestamente lesivo del derecho a la igualdad o impidiendo la celebración del contrato estatal por la suspensión del acto de adjudicación; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo prevalente de defensa judicial sobre las acciones contenciosas y la acción contractual, 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), como expresamente se señaló por este Tribunal en la citada sentencia SU-219 de 2003⁸².”

⁸² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En consecuencia, si no se demuestra la configuración de un perjuicio irremediable, y considerando las acciones contenciosas que proceden y en virtud de las cuales se puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos no es factible incoar la acción de tutela como mecanismo apto para invocar la protección de derechos fundamentales.

Reiterados pronunciamientos han señalado que la tutela como mecanismo transitorio, procede cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver debe estar revestido de: **(i)** la gravedad **(ii)** la inminencia del perjuicio, **(iii)** la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y **(iv)** la urgencia de las mismas. Además, que debe tener como finalidad la protección constitucional de un derecho *ius fundamental*.

El Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este, alegan perjuicios que se derivan del compromiso presupuestal de la Nación para con el proyecto, lo que se manifiesta en el expediente (T-4.228-250), al respecto la Corte encuentra que: no obstante la manifestación unilateral de dar por terminado el Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, los recursos siempre estuvieron a disposición de la Gobernación del Magdalena, lo que se desprende del informe presentado por el Departamento de Planeación Nacional a esta Corporación.⁸³ El sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación del Sistema de Regalías, SMSCE⁸⁴, en virtud de que dichos recursos fueron aprobados por el OCAD Regional Caribe y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por solicitud de la Gobernación del Magdalena como entidad ejecutora, efectuó tres giros a la cuenta registrada para el manejo de dichos dineros, los cuales sumaron \$115.486'000.000, previó cumplimiento de los requisitos del artículo 1º del Decreto 2462 y el Acuerdo 06 de 2012, sumas que fueron transferidas los días 25 de enero de 2013 y 15 de agosto de 2013. Esta última transferencia fue realizada con posterioridad a la terminación del convenio. Solo hasta el 12 de septiembre de 2013, ante las acciones de tutela presentadas y las distintas observaciones efectuadas por parte de la Procuraduría General de la Nación y el INVÍAS, se instó a la Gobernación del Magdalena para que se abstuviera de realizar nuevas solicitudes de giros de recursos. Petición efectuada por el Departamento de Planeación Nacional.

La Gobernación del Magdalena reportó el pago de un anticipo el 2 de enero de 2014 por valor de \$64.801'526.813.00 al Consorcio ganador de la licitación, equivalente al 15% del pago anticipado del contrato No 617.

Significa lo anterior que los dineros siempre estuvieron a disposición de la Gobernación a pesar del acto administrativo de terminación unilateral del convenio interadministrativo y solo hasta la intervención del juez constitucional y mediante procedimiento preventivo del SMSCE, se recomendó no efectuar

⁸³ Folio 285 Cuaderno No 3 de la Corte Constitucional

⁸⁴ El Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación del Sistema General de Regalías fue creado mediante el Acto Legislativo No 5 del 18 de julio de 2011 administrado por el Departamento de Planeación Nacional. Ejerce funciones de Monitoreo, seguimiento, Control y evaluación.

solicitudes de giro ante el peligro del uso inadecuado, ineficaz o ineficiente de los recursos provenientes del Sistema Nacional de Regalías.

Se evidencia además que los requisitos para el giro de los recursos de la vigencia fiscal de 2012, aprobados por las OCAD, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2642 de 2012 y el Acuerdo 06 de 2012 son:

“I. De parte de la Secretaría Técnica del OCAD:

i. Copia del Acuerdo del OCAD en el cual conste de manera expresa: 1) Nombre de los proyectos aprobados, 2) Identificación del (los) Fondo(s) con el (los) cual (es) se financiará el proyecto y el valor correspondiente, 3) Identificación completa del ejecutor del proyecto.

ii. Certificación del cociente de giro para cada uno de los Fondos, que se calcula de la siguiente manera:

Cociente de giro = recursos disponibles en caja a la fecha de la certificación de acuerdo con información publicada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su página web/sumatoria del valor de proyectos aprobados a la fecha de la certificación

iii. Identificación del NIT del ejecutor designado, en caso que no sea una entidad territorial.

II. De parte de los ejecutores designados:

i. Certificación bancaria de la cuenta maestra a la cual serán girados los recursos, de conformidad con el literal b) de la Circular 038 de 2012 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ii. Copia del acto administrativo expedido por la entidad ejecutora en el que se incorporan al presupuesto los recursos de los proyectos aprobados con cargo a los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, de Compensación, y de Desarrollo Regional.

iii. Orden de giro suscrita por el representante legal de la entidad ejecutora del proyecto.

iv. Copia del Acta de posesión del representante legal de la entidad ejecutora del proyecto.”

En consecuencia, puede concluirse que la comunicación DG-42006, del 8 de agosto de 2013 suscrita por el Director General de INVÍAS mediante la cual informó al Gobernador del Magdalena su decisión de dar por terminado el Convenio No. 649 de 2013, no configuran un perjuicio inminente, incontenible e inevitable que impidiera continuar con la ejecución del proyecto, toda vez que las transferencias de los recursos estaban garantizadas por el OCAD CARIBE, y la movilidad de los giros fue detenida en virtud de actos propios del Sistema de Regalías en ejercicio de sus funciones de monitoreo, razón por la cual considera la Corte que frente a una situación como la aquí planteada, la acción de controversias contractuales, reforzada con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto discutido, constituía un medio de defensa adecuado y suficiente.

No obstante lo anterior, frente a situaciones como la utilización de las cláusulas exorbitantes ya la Corte ha señalado que aunque existe una afectación, esta no puede considerarse irremediable, en la medida en que, de una parte, es de carácter eminentemente patrimonial, y de otra, el medio de defensa disponible, que es la acción contencioso administrativa de controversias contractuales, permite que en caso de declararse la nulidad de dicho acto administrativo, el afectado, si a ello hubiere lugar, reciba la plena indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de dicho acto ilegal.⁸⁵

El INVÍAS por su parte controvierte exclusivamente las inconsistencias presentadas en la licitación pública, (Expediente T- 4.130.835), las cuales tuvo oportunidad de objetar tratándose de los actos precontractuales definitivos. Asimismo, no se alega ni se demuestra que los recursos destinados al proyecto tuviesen una destinación distinta o que se ocasione un detrimento patrimonial al Estado, pues se corrobora que el contratista está en la obligación de suscribir una póliza de garantía⁸⁶, y los dineros actualmente se encuentran consignados en una fiducia en el Banco de Occidente⁸⁷. Adicionalmente, se contrató una interventoría⁸⁸ para efectos de garantizar el cumplimiento del contrato licitado.

El Consorcio Interventor ICI, informó a esta Corporación, que hasta el momento no se ha realizado ni ejecutado ninguna obra, puesto que el contrato se encuentra suspendido desde el 15 de enero de 2014.

⁸⁵ T-1071-2007, T 1314-2001, Su 1070-2003.

⁸⁶ La póliza debía ser suscrita por el contratista dentro de las obligaciones del contrato estatal No 617 del 4 de octubre de 2013. En la cláusula décimo quinta se obliga a la constitución de una póliza de garantía única de cumplimiento, fiducia mercantil en garantía.

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86265>

⁸⁷ Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y pagos celebrada entre Fiduciaria de Occidente y la Compañía de Negocios de Ingeniería, Negocios y Servicios S.A. S.A: Coinses S.A: Assignia Infraestructuras S.A: Sucursal Colombia, Consultores del Desarrollo S.A. y Constructora F.g:s.A: quienes conforman el Consorcio Ribera Este. (folio 648 Cuaderno 1 Corte Constitucional)

⁸⁸ Contrato 3795-2013, Interventoría para el Mejoramiento de la Carretera Palermo –Salamina- Sector Palermo – Sitionuevo- Remolino- Guaimaro- Código 2702 en el Departamento del Magdalena, inform (1041).

Cabe enfatizar en cuanto a que en el trámite de las acciones contenciosas, las partes pueden solicitar la suspensión provisional de los actos y contratos administrativos que se controvierten, medidas que pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas e inclusive de carácter contractual, mediante las cuales puede evitarse o precaverse cualquier perjuicio.

Quedó demostrado que en la actualidad cursan sendos procesos promovidos por los respectivos demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; procesos en los que se cuestionan, por las mismas razones aquí argüidas, tanto la legalidad de la actuación precontractual adelantada por el Departamento del Magdalena como la decisión del INVÍAS de terminar unilateralmente el convenio celebrado con dicho Departamento. En ambos procesos se pretende que, por las vías ordinarias instituidas en principio para dirimir esta clase de conflictos jurídicos, se defina la validez de los trámites y decisiones que han sido objeto de reproche en cada uno de ellos. De manera que, frente a esa inobjetable realidad, solo a partir del momento en que tales instrumentos judiciales se agoten cabría la posibilidad de interponer la acción subsidiaria de tutela en caso de que las decisiones respectivas incurran en las causales o defectos que la jurisprudencia constitucional ha definido como susceptibles de invocarse o cuestionarse por esa vía⁸⁹.

De conformidad con lo expuesto, de manera inequívoca se puede concluir, que, las acciones de tutela bajo estudio resultan improcedentes, en la medida en que, frente a las actuaciones administrativas examinadas, existen mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces, los cuales es menester agotar previamente en virtud de que no se ha establecido la configuración de un perjuicio irremediable, en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Corporación.

Vistas así las cosas, y habida de cuenta de las investigaciones disciplinarias que viene adelantado la Procuraduría General de la Nación, a juicio de la Sala, resulta pertinente exhortar a dicho ente de control, para que a través del

⁸⁹ No desconoce la Sala de Revisión que en la actualidad se encuentran en trámite dos acciones contractuales la primera de ellas incoada en virtud de la decisión del Juez Treinta y Cuatro Civil de Bogotá, mediante la cual el INVÍAS solicita se declare la nulidad de todo el trámite realizado por el Departamento del Magdalena en desarrollo del Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013 y que dio origen a la Licitación Pública LP-DM-07-2012.⁸⁹

La segunda acción fue promovida por el Departamento del Magdalena, en cumplimiento de la orden proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico, Sala Laboral, quien concedió la acción de tutela como mecanismo transitorio⁸⁹. El proceso iniciado por el Departamento del Magdalena pretende que se declare nulo el acto administrativo contenido en el oficio DG42006 del 8 de agosto de 2013.

En virtud de lo anterior, la Corte advierte que en caso de que se evidencie la vulneración del debido proceso y se configuren los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales proferidas en el trámite y juzgamiento de dichas acciones, será procedente acudir a la acción de amparo, sin perjuicio de las consideraciones y los argumentos que han sido expuestos en la presente sentencia, comoquiera que el trámite y las sentencias que pudieran dictarse en el curso de los mencionados procesos pueden ser revisadas observando el precedente que hasta ahora ha fijado la corporación.

funcionario que al efecto designe, realice un estricto seguimiento y si es el caso intervenga, en los procesos judiciales que actualmente cursan ante la jurisdicción contencioso administrativa. E igualmente, se le exhorta para que adelante seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013, suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este.

En idénticos términos, y en atención a la vigilancia preventiva que ha venido adelantado se exhortará a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, verifique la debida ejecución del contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013, suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este.

Conclusión:

Las controversias planteadas por vía de tutela son susceptibles de ser definidas por el juez administrativo, y en vista de que no se avizora la configuración de un perjuicio irremediable se declarará su improcedencia, para así dar oportunidad a que operen los mecanismos ordinarios de defensa judicial y a que se preserve la condición de subsidiariedad que la Constitución le atribuye a la acción de tutela.

Expediente T- 4.228.250

En virtud de lo anterior, respecto de la tutela promovida por el Consorcio Ribera Este, coadyuvada por el Departamento del Magdalena contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, se revocará la decisión tomada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral y se declara improcedente.

Expediente T- 4.130.835

Se confirmará la decisión tomada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, que revocó la adoptada por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, se declara improcedente la acción de tutela promovida por el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- contra el Departamento del Magdalena.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Tercera de Decisión Laboral. En su lugar, **DECLARASE IMPROCEDENTE** la tutela promovida por el Consorcio Ribera Este, coadyuvada por el Departamento del Magdalena contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- dentro del proceso T-4.228.250.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia del diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, dictada dentro del expediente T-4.130.835.

TERCERO.- LEVANTAR la medida provisional de suspensión de la Resolución No. 768 del 12 de agosto de 2013, por medio de la cual se adjudicó al Consorcio Ribera Este, el contrato objeto de la licitación Pública LP-DM-07-2012, para el mejoramiento de la vía Palermo Sitionuevo – Remolino-Guaimaro, en el departamento del Magdalena.

CUARTO.- EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario que al efecto designe, para que realice un estricto seguimiento y si es el caso intervenga, en los procesos judiciales que actualmente cursan ante la jurisdicción contencioso administrativa. E igualmente, para que adelante seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato No 617 del 4 de octubre de 2013, suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este.

QUINTO.- EXHORTAR a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, verifique la debida ejecución del contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013, suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Consorcio Ribera Este.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General