

## Sentencia SU.1070/03

### **ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Improcedencia por no existir perjuicio irremediable/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración del derecho/DECLARACION DE CADUCIDAD DEL CONTRATO**

*En el proceso que se revisa no se cumplen las condiciones que debe reunir el perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es: 1ª) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2ª) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3ª) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4ª) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5ª) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. Se aprecian varias razones que así lo evidencian: 1) existe un medio ordinario de defensa judicial. Según la información suministrada por los accionantes, los actos administrativos que se cuestionan ante el juez constitucional ya fueron demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en esa jurisdicción las empresas accionantes podrán obtener la reparación integral del daño antijurídico que eventualmente se les haya producido. 2. El ordenamiento jurídico admite que los accionantes puedan invocar ante el juez administrativo la suspensión provisional de los actos administrativos, que constituye un figura jurídica excepcional y eficaz para la protección inmediata de sus derechos. 3. En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas. Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela. 4. El problema que se debate no es naturaleza constitucional. Los que se discuten son derechos de rango legal o contractual, cuya solución no compete al juez de tutela sino al juez ordinario. 5. De otra parte, las firmas accionantes invocan igualmente la protección de los derechos a la igualdad y al buen nombre. No obstante, de acuerdo con la descripción de los hechos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el amparo de estos derechos está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, al ser improcedente el amparo de éste, también lo es frente a aquellos.*

Referencia: expediente T-615901

Tutela interpuesta por Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. contra el Instituto Nacional de Vías –INVIAS.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, dicta la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de las sentencias dictadas en el asunto de la referencia por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla.

### I. ANTECEDENTES

El apoderado de las firmas accionantes expresa lo siguiente:

Las sociedades Equipo Universal y Cia Ltda., hoy Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi y Cia Ltda., hoy Castro Tcherassi S.A., junto con otras 10 sociedades presentaron al Instituto Nacional de Vías (INVIAS) propuesta conjunta para la realización de estudios y diseños definitivos, rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento por el sistema de concesión del proyecto vial El Vino - Tobia Grande – Puerto Salgar- Villeta - Honda – Dorada – San Alberto, y que fue materia de licitación pública SCO-L01/97.

Dicha propuesta incluía la promesa de constitución por parte de las 12 firmas oferentes de una sociedad futura, en caso que les fuera adjudicada la mencionada licitación.

INVIAS adjudicó a dichas 12 sociedades la licitación mencionada y éstas, en cumplimiento de la promesa hecha, constituyeron la sociedad denominada Concesionaria del Magdalena Medio S.A., COMMSA S.A., con la que el Instituto suscribió el Contrato de Concesión No. 388/97 con el objeto antes anotado.

El Contrato 388/97 se ejecutó por cerca de tres años hasta que INVIAS lo dio por terminado mediante declaratoria de caducidad a través de la Resolución No. 2282/00.

Para efectos de la declaratoria de la caducidad, INVIAS inició la correspondiente actuación o procedimiento administrativo al solicitarle explicaciones a COMMSA S.A. en relación con la conducta que, en criterio del Instituto, era constitutiva de incumplimiento del contrato de concesión.

INVIAS jamás llamó a las sociedades Equipo Universal S.A. ni a Castro Tcherassi S.A. al procedimiento gubernativo dentro del cual profirió la resolución de caducidad mencionada, ni las citó como terceras personas interesadas para oírlas acerca de los motivos de incumplimiento adjudicados a COMMSA S.A., y como eventuales afectadas con la decisión a adoptar, tal como lo exigen los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo.

Aunque las sociedades Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. no fueron citadas para intervenir en la actuación administrativa, INVIAS profirió la Resolución 2282/00, en la cual dispuso lo siguiente: 1) Declarar la caducidad y terminación del contrato de concesión 388/97; 2) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria “por cuantía equivalente al cien por ciento (100%) del valor total del aporte inicial de capital y los aportes anuales de capital provenientes de la nación”; 3) “hacer efectiva la solidaridad de la sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A., y de cada uno de sus accionistas, y 4) ordenar la notificación de esa resolución a COMMSA S.A. y cada uno de los accionistas, por efecto de la solidaridad establecida en el pliego de condiciones y en la propuesta. De tal suerte que la notificación de la Resolución No. 2282/00 fue el primer contacto de las sociedades Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. con la actuación administrativa surtida por INVIAS.

Las sociedades accionantes interpusieron recurso de reposición contra esa resolución que, al igual que el presentado por las demás sociedades involucradas, fue resuelto por INVIAS mediante resolución No. 4260/00 y en la cual confirma, con las siguientes dos salvedades, el acto administrativo recurrido: 1) precisa que el valor de la cláusula penal es de US \$137.100.000.00 y 2) señala que la inhabilidad para contratar con el Estado cobija no solo a COMMSA S.A. sino a sus empresas socias. Por esta última razón, las accionantes interpusieron acción de tutela contra el INVIAS.

Con posterioridad, una tercera sociedad denominada ACS Colombia S.A., que sin ser fundadora de COMMSA S.A. es accionista de ella, interpuso acción de tutela contra INVIAS, que le fue favorable según la decisión adoptada el 10 de agosto de 2001 por el Consejo de Estado. En la sentencia se ordenó a INVIAS notificar la Resolución 2282/00 a la sociedad accionante y resolverle el recurso de reposición, si fuere interpuesto.

En cumplimiento de la orden de tutela, INVIAS notificó la Resolución 2282/00 a la Sociedad ACS Colombia S.A.. El Instituto, mediante Resolución No. 6143/01, resolvió el recurso de reposición y dispuso su notificación a todas las sociedades involucradas, entre las que figuran las demandantes Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A., para que ejercieran su derecho de defensa en cuanto a los puntos allí consignados.

No obstante lo anterior, en la Resolución 6143/01 el Instituto manifestó “que la decisión administrativa de caducar el contrato no tiene firmeza respecto a ACS Colombia S.A. sino hasta que se resuelva el presente recurso y que por ende para ella la vía gubernativa no se ha agotado”. Por lo tanto, INVIAS considera que la actuación administrativa está concluida para todas las sociedades de COMMSA S.A., menos para ACS Colombia S.A.

En respuesta a los recursos interpuestos por todas las sociedades involucradas contra la Resolución 6143/01, INVIAS profirió la resolución No. 007/02 confirmando las Resoluciones Nos. 2282/00, 4260/00 y 6143/01 y guardando total silencio, en su parte resolutive, acerca de la aclaración solicitada por las dos empresas ahora accionantes.

Las firmas accionantes interpusieron acción de tutela contra INVIAS, para cuestionar la inhabilidad que les declaró en la resolución No. 4260/00, que es la segunda de las cuatro mencionadas. Manifiestan que no se ha intentado acción de tutela alguna contra la cláusula penal hecha efectiva en la primera de las cuatro Resoluciones mencionadas (2282/00) ni contra la tercera y cuarta Resoluciones (6143/01 y 7/02), que son el objeto de la presente acción de tutela.

Existen además, por una parte, el proceso ejecutivo de INVIAS para el cobro de US \$137.000.000.00 y, por otra parte, el proceso contencioso administrativo de las diferentes sociedades contra el INVIAS. El primero con base en las resoluciones Nos. 2282/00 y 4260/00, y el segundo contra esas mismas dos resoluciones. Ambos procesos se surten ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

Con base en los anteriores hechos solicitan la protección transitoria de sus derechos al debido proceso, al buen nombre y a la igualdad, cuya violación fundamentan en lo siguiente:

1. INVIAS vulneró el debido proceso al declarar la caducidad administrativa del contrato de concesión 388/97 y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pactada frente a las dos firmas accionantes, sin haberles dado la oportunidad de manifestar sus razones acerca de los motivos que en criterio de INVIAS eran constitutivos de incumplimiento del contrato por parte de COMMSA S.A., pues jamás las llamó ni les dio oportunidad para que intervinieran dentro de dicha actuación administrativa, tal como lo exigen los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo.
2. INVIAS vulneró el debido proceso de las accionantes al dejar consignado en la Resolución No. 6143/01 que contra ella procedía el recurso de reposición, pero agregando que para ese momento ya estaba agotada la vía gubernativa para las peticionarias. Por ello, les impidió ejercer su derecho de defensa.
3. INVIAS vulneró el derecho al buen nombre de las accionantes al declarar la caducidad del contrato 388/97 y aplicar la cláusula penal. Considera que “el buen nombre de las sociedades demandantes ha quedado manchado e impregnado de dudas acerca de su recto proceder, pese a su trayectoria, seriedad, cumplimiento en contratos anteriores e importancia en el concierto de empresas constructoras nacionales” (fl. 13, cd. 1)
4. INVIAS, sin razón válida que lo justificara, vulneró el derecho a la igualdad que debiera existir entre todas las firmas socias de COMMSA S.A., “frente a su condición de potenciales responsables solidarios con ella en el monto de la cláusula penal hecha efectiva en la primera de las cuatro resoluciones

mencionadas y confirmada en las tres restantes, al manifestar que pese a la expedición de la tercera de ellas, la 6143/01, y su notificación a las demandantes, la vía gubernativa se encontraba agotada para ellas, menos para ACS Colombia S.A.” (fl. 13, cd. 1)

5. Las firmas accionantes invocan la tutela con carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Expresan que “tanto el proceso ejecutivo administrativo del Invías en pro del recaudo de la cláusula penal, como el ordinario de las sociedades demandantes contra el Invías en busca de la nulidad de sus resoluciones, están llamados a durar, en promedio, 5 o 6 años, según las estadísticas y es hecho público y notorio. Así las cosas, lo irremediable del perjuicio sufrido por las accionantes consiste en que aún ganando aquellos dos procesos administrativos, para cuando ello ocurra ya se habrán extinguido por el sólo peso que les implican las resoluciones acusadas. ... se pretende remediar con esta tutela como mecanismo transitorio: que las sociedades demandantes tengan por lo menos la opción de sobrevivir durante el tiempo que según las estadísticas les implica atender los procesos dentro de los cuales van a demostrar la arbitrariedad de que están siendo objeto”.

## **II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN**

1. El Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, en decisión del 5 de marzo de 2002, decidió tutelar, con carácter transitorio, los derechos al debido proceso y a la igualdad de las dos sociedades accionantes. En consecuencia: 1) ordenó la no aplicación, frente a las sociedades accionantes, de las resoluciones Nos. 2282 de 2000, 4260 de 2000, 6143 de 2001 y 007 de 2002; 2) ordenó al Director General de INVÍAS que en las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia proferiera el acto administrativo con la parte resolutive del Fallo, dejando sin valor ni efecto frente a las accionantes lo resuelto en las resoluciones antes indicadas; 3) advierte a las accionantes que, so pena de cesación de los efectos de la sentencia, deberán ejercer en los 4 meses siguientes la correspondiente acción de nulidad de los mencionados actos administrativos, y 4) advierte a las partes que la sentencia permanecerá vigente durante el término que la jurisdicción administrativa utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad.

Estima el Juzgado que las sociedades están sufriendo un perjuicio irremediable en la medida que la cuantía de la obligación que se les cobra es de tal magnitud que necesariamente las llevaría a su extinción antes de cinco años, que es el término que normalmente tarda un pleito ordinario de tal naturaleza.

Frente a la vulneración del debido proceso, se afirma en la sentencia que no existe constancia alguna que acredite que INVÍAS comunicó a las sociedades accionistas de COMMSA S.A., entre ellas a las demandantes, la existencia y objeto de la actuación administrativa que había iniciado contra la sociedad concesionaria por razón de los hechos que en su criterio eran constitutivos de incumplimiento del contrato 388/97, violando así lo dispuesto en los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo.

Señala finalmente que las accionantes interpusieron recurso de reposición contra la resolución 6143/01 para que se les indicara el objeto y alcance del recurso concedido, lo cual no fue resuelto por INVIAS, con cuya actuación se violó el mandato del artículo 50 del C.C.A.

2. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, en sentencia del 19 de abril de 2002, decidió confirmar el fallo de primera instancia.

Afirma el Juzgado que en el caso en estudio la no observancia por parte de INVIAS de las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo, sin duda alguna es un hecho violatorio del debido proceso y del derecho a la defensa. Además, INVIAS violó el debido proceso al no indicar el alcance del recurso previsto en la Resolución 6143 de 2001.

Expresa que esta actuación deja a los accionantes sometidos a la discrecionalidad de la otra parte, por lo que la acción de tutela se convierte en el mecanismo de defensa, si bien no apto para anular los actos administrativos sí para evitar un perjuicio, en atención al tiempo que pueda tardar la justicia administrativa para decidir sobre la legalidad de tales determinaciones.

Así mismo, luego de una extensa transcripción de apartes de jurisprudencia constitucional en torno a la necesidad de motivación de los actos administrativos, el Juzgado concluye que “lo cierto es que dentro de este expediente no existe copia de comunicación alguna del Instituto INVIAS a las sociedades accionantes comunicándoles ‘la existencia de la actuación y el objeto de la misma’, como se lo ordenara el artículo 28 de Código Contencioso Administrativo”.

Agrega que “en la medida en que el Instituto INVIAS a través de su Director profirió la resolución 6143 de 2001, con la que adoptó ciertas decisiones de orden confirmatorio de su resolución 2282 de 2000 y dispuso su notificación a las sociedades socias de COMMSA S.A., con oportunidad de recurrirla, es claro para el despacho que el asunto ya no era de reposición de reposición, sino del pleno respeto por la disposición consignada en el numeral 1º del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo que en lo pertinente establece que contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederá entre otros recursos el de reposición ante el mismo funcionario ‘para que aclare, modifique o revoque’. Y si el Director del INVIAS le concedió a las sociedades accionantes en esta tutela recurso de reposición contra la resolución 6143 de 2001, tal recurso ha debido tener el alcance que establece la norma acabada de citar. Si para el Instituto INVIAS no cabía la posibilidad de revocar su resolución 2282 de 2000, le hubiera bastado, al expedir su resolución 6143 de 2001, con no otorgar en esta última recurso de reposición a las sociedades accionantes. Pero concedido como fuera, ha debido respetarlo”.

Señala finalmente que el hecho que el representante legal de COMMSA S.A. hubiese o no comentado con sus accionistas acerca de los incumplimientos que les estaba asignando INVIAS, el Instituto no quedaba exonerado de dar estricto cumplimiento a los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### 1. Aclaración previa: éste es un proceso diferente al decidido en la sentencia SU-219-03

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-219-03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, revisó las decisiones adoptadas en cuatro expedientes de acciones de tutela, interpuestas contra INVIAS por las firmas asociadas en COMMSA S.A. En tales procesos las empresas accionantes invocaban la protección del derecho al debido proceso, que estimaban vulnerado por la entidad accionada por haberles extendido la inhabilidad para contratar con el Estado en el acto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 2282/00, esto es la Resolución 4260/00, y por no haberlo hecho en el acto recurrido, que es el que contiene la decisión administrativa de declarar la caducidad del contrato de concesión 388/97.

En la precitada sentencia de unificación, la Corte concluyó que efectivamente la Resolución 4260/00 *“introdujo en la parte motiva un hecho nuevo consistente en dar por inhabilitados a los socios de COMMSA que no había sido considerado en la Resolución 002282 y sobre la cual no hubo oportunidad de agotamiento de la vía gubernativa”*. Por lo tanto, concedió el amparo del derecho constitucional al debido proceso que asiste a las firmas socias de COMMSA S.A.

En esta oportunidad, si bien las dos empresas accionantes invocan igualmente la protección del derecho constitucional al debido proceso, su petición está referida a una fase de la actuación administrativa surtida por INVIAS diferente a la que conoció esta Corporación en la sentencia SU-219-03. En efecto, mientras que en la decisión anterior se cuestionaba la decisión de INVIAS de extender a las firmas accionantes la inhabilidad para contratar con el Estado -Resolución No. 4260 del 24 de octubre de 2000-, en este proceso se controvierte el hecho de no haber sido notificadas o informadas individualmente del inicio de la actuación administrativa que culminó con la declaratoria de caducidad del contrato de concesión a través de la Resolución No. 2282 del 2 de junio de 2000.

De tal suerte que, por tratarse de diferentes fases de la actuación administrativa las que se controvierten en cada proceso de tutela, aunque se trate del mismo derecho constitucional, se descarta para las accionantes la incursión en causal de temeridad, lo que conduce, a su vez, a un pronunciamiento específico por parte de esta Corporación, que será autónomo en relación con lo ya decidido por esta misma Sala en el Fallo de unificación en referencia.

De otra parte, la Sala resalta que en este expediente las firmas accionantes instauran la acción de tutela como mecanismo transitorio pues reconocen que tienen a su disposición otro medio de defensa judicial, del cual, según manifiestan, hicieron uso en su oportunidad.

## 2. Problema jurídico

Las dos empresas accionantes hacen parte de las 12 firmas adjudicatarias de la Licitación Pública SCO-L01/97, que constituyeron la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. COMMSA S.A. para celebrar con el Instituto Nacional de Vías INVIAS el contrato de concesión No. 388/97, cuyo objeto es la realización de estudios y diseños definitivos, rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto vial El Vino –Tobia Grande –Puerto Salgar –Villeta –Honda –Dorada –San Alberto.

Estas empresas invocan, con carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la protección de los derechos al debido proceso, al buen nombre y a la igualdad, los cuales estiman vulnerados con la actuación administrativa surtida por INVIAS y que culminó con la declaratoria de caducidad del mencionado contrato de concesión.

De la descripción de los hechos y fundamentos de la petición de amparo, se colige el siguiente problema jurídico: ¿La falta de comunicación o notificación de la iniciación de la actuación administrativa surtida por INVIAS y la consecuente declaratoria de caducidad del contrato de concesión, ocasiona un perjuicio irremediable a las firmas accionantes?

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará previamente referencia a la naturaleza y procedencia de la acción de tutela, en especial en cuanto opera como mecanismo transitorio.

## 3. La tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales

3.1. Según lo prescribe el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un medio de defensa judicial para la protección inmediata de derechos fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale la ley.

Para tal fin, existen dos modalidades básicas de procedencia de la acción de tutela: en primer lugar, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, caso en el cual adquiere el carácter de mecanismo principal; y, en segundo lugar, cuando existiendo otro medio de defensa judicial, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>1</sup>

De lo anterior se desprenden estos aspectos relacionados con la acción de tutela: 1º) Los medios y recursos judiciales ordinarios constituyen los mecanismos preferentes a los cuales deben acudir las personas para invocar la protección de sus derechos; 2º) En los procesos ordinarios se debe garantizar la supremacía de los derechos constitucionales y la primacía de los derechos inalienables de la

<sup>1</sup> Señala el artículo 86 de la Carta Política que la acción de tutela “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”. Esta figura del perjuicio irremediable es tenida en cuenta en el Decreto 2591 de 1991, en donde se señala, art. 6º, que la acción de tutela es improcedente “1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. El numeral 1 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 fue declarado exequible por esta Corporación en la sentencia C-018 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

persona (C.P. arts. 4º y 5º); 3º) La tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, “sino fungir como último recurso (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales”<sup>2</sup>; 4º) La protección de derechos constitucionales fundamentales es un asunto reservado a la tutela, en la medida que el ordenamiento jurídico no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial; 5º) La existencia de un medio ordinario de defensa judicial no genera, por sí, la improcedencia de la acción de tutela.

La existencia o inexistencia del medio ordinario de defensa judicial al cual pueda acudir el afectado, constituye entonces un aspecto esencial para establecer la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal o como mecanismo transitorio.

3.2. En los eventos en que el ordenamiento jurídico tenga previsto un mecanismo ordinario de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional tiene definido que el juez de tutela tendrá en cuenta, a partir de las consideraciones especiales del caso, dos aspectos a saber: 1º) la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial; y, 2º) los elementos del perjuicio irremediable.

El medio ordinario de defensa judicial debe ser eficaz e idóneo para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Tal grado de eficacia se aprecia en concreto, en atención a las circunstancias en que se encuentre el solicitante y de los derechos constitucionales involucrados<sup>3</sup>.

Para la Corte, “La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo – carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso –y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios”<sup>4</sup>.

No obstante lo expresado, el examen de la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial no puede restringirse a establecer cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si tal ejercicio se fundara exclusivamente

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En relación con estas características de la acción de tutela pueden consultarse las sentencias SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-803-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis. En el primero de los fallos citados la Corte expresó: “*En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial*”.

<sup>3</sup> El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “*La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

en dicho criterio, la jurisdicción de tutela, por los principios que la rigen y los términos establecidos para decidir, desplazaría por completo a las demás jurisdicciones y acciones, con salvedad del *habeas corpus*. Si se admitiera tal consideración se desdibujaría la configuración constitucional sobre la tutela. Por ello, la Corte ha precisado que aquel “análisis impone tomar en cuenta que el juez ordinario al resolver respecto de la acción contenciosa está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar, además, el pago de la indemnización respectiva si a ello hubiere lugar. Lo contrario, sería pasar por alto que la ley ha dispuesto una jurisdicción y un trámite al servicio de la resolución de controversias de esta naturaleza”<sup>5</sup>.

3.3. Para que proceda la tutela como mecanismo transitorio, además de la existencia de medio ordinario de defensa judicial, se exige la estructuración de un perjuicio irremediable.

Sobre el particular, esta Corporación ha considerado desde sus primeras decisiones que el perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existirá forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra.<sup>6</sup> En relación con este asunto, la Corte se ha pronunciado en estos términos:

Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-803-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis. En esta sentencia se incluyó el siguiente comentario de pie de página: “La procedencia del amparo por la demora de los trámites ordinarios, se ha admitido solo excepcionalmente cuando el juez de tutela logra constatar que la tardanza en la resolución del conflicto puede hacer ineficaz el mecanismo ordinario; lo anterior, tomando en cuenta las condiciones personales del demandante. Cfr. T-352 de 2002, T-235 de 2002”.

<sup>6</sup> Ver por ejemplo, las sentencias T-225-93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-086-99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-599-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

- A). El perjuicio ha de ser *inminente*: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.
- B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia.
- C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea *grave*, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la

gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

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

La prueba del perjuicio irremediable es relevante para establecer la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. No obstante, tal comprobación no es en extremo rigurosa, puesto que, dado el carácter informal y público de la acción, lo que se exige es que en la demanda al menos se señalen los hechos concretos que permitan al juez constitucional deducir la ocurrencia de dicho perjuicio.<sup>7</sup>

Así mismo, la Corte ha precisado que la acción de tutela como mecanismo transitorio es improcedente cuando se ha consumado la vulneración del derecho, esto es, que no hay perjuicio irremediable cuando no es viable la protección *in natura* del derecho fundamental. Al respecto, en la sentencia SU-544-01 expresó que “*Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación*”<sup>8</sup>.

Un común denominador en eventos en que se deduce la inminencia de un perjuicio irremediable lo constituyen las circunstancias de peligro o vulnerabilidad de los accionantes, como pueden serlo, por ejemplo, el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales de personas que dependen de su

Corte Constitucional. Sentencia T-225-93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en diferentes ocasiones, como son las sentencias T-789-00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-544-01, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-803-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis; T-882-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-922-02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

<sup>7</sup> Sobre la comprobación del perjuicio irremediable como condición para la procedencia de la acción de tutela, pueden revisarse las sentencias T-425-00, M.P. Alvaro Tafur Gálvis; T-620-00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1205-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández ; T-1496-00, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-882-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>8</sup> Sobre este aspecto ver también, por ejemplo, las sentencias SU-1122-01 y T-662-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

mesada o salario<sup>9</sup>; despidos colectivos de trabajadores aforados<sup>10</sup>; pago de salarios por afectación grave de la vida y subsistencia del accionante y de sus hijos cuando el cónyuge ha sido secuestrado<sup>11</sup>; orden para que se reconozca la pensión de sobrevivientes a quien dependía económicamente del causante<sup>12</sup>; orden para que se reconozca la pensión de invalidez a enfermos de SIDA<sup>13</sup>; entre otras.

Si bien la precedente mención de casos en que se ha admitido la tutela como mecanismo transitorio no tiene propósitos excluyentes, si es ilustrativo en relación con el impacto que la amenaza del derecho fundamental ocasiona al accionante y justifica la protección inmediata de los derechos amenazados.

#### 4. Caso concreto

De conformidad con los aspectos señalados en el acápite anterior y en atención a las especificidades y circunstancias del caso, en el proceso que se revisa no se cumplen las condiciones que debe reunir el perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es: 1<sup>a</sup>) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2<sup>a</sup>) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3<sup>a</sup>) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4<sup>a</sup>) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5<sup>a</sup>) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales<sup>14</sup>. Se aprecian varias razones que así lo evidencian:

4.1. Existe un medio ordinario de defensa judicial. Según la información suministrada por los accionantes, los actos administrativos que se cuestionan ante el juez constitucional ya fueron demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en esa jurisdicción las empresas accionantes podrán obtener la reparación integral del daño antijurídico que eventualmente se les haya producido.

En este aspecto la Sala estima aplicables las consideraciones expuestas por esta Corporación, según las cuales “resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral”<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-156-00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-326-02, Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-015-95, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-787-02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-026-03 de la Sala Cuarta de Revisión.

<sup>14</sup> *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-599-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4.2. El ordenamiento jurídico admite que los accionantes puedan invocar ante el juez administrativo la suspensión provisional de los actos administrativos, que constituye un figura jurídica excepcional y eficaz para la protección inmediata de sus derechos. Frente a la idoneidad de tal mecanismo para proteger derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha afirmado que:

Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la *suspensión provisional* de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:

*“Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiere escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”. Sentencia T-533/98 MP. Hernando Herrera Vergara . (Subrayado fuera de texto)*

En el mismo sentido conviene citar la sentencia T-640/96 MP. Vladimiro Naranjo Mesa, en cuya oportunidad la Corte dijo señaló:

*“ (...) la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta*

*ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado”. (Subrayado fuera de texto)<sup>16</sup>*

En concordancia con lo transcrito y dado que la Constitución y la ley han previsto, como medio idóneo de defensa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos mientras se emite pronunciamiento definitivo sobre el asunto objeto de controversia, se descarta también el argumento sobre la duración del proceso contencioso administrativo como causa del perjuicio irremediable que debe ser atendido por la acción de tutela.

4.3. En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas. Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela.

Sobre este aspecto, en Sala de Unificación se señaló que “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho. Debe tenerse presente que si bien la Carta autoriza, de manera hipotética, la tutela como mecanismo transitorio frente a todo derecho fundamental, no puede perderse de vista la naturaleza propia del derecho en cuestión, en particular su núcleo esencial, del que se desprende que el desconocimiento de cualquier etapa o procedimiento supone su violación. (...) En suma, frente al hecho consumado que constituye un eventual daño, no cabe tutela como mecanismo transitorio”<sup>17</sup>.

4.4. El problema que se debate no es naturaleza constitucional. Los que se discuten son derechos de rango legal o contractual, cuya solución no compete al juez de tutela sino al juez ordinario.

Los asuntos que deberá resolver la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tratarse de un asunto de rango legal, aluden a lo siguiente: la validez de la notificación de los accionantes a través de COMMSA y el respeto de la autonomía de la voluntad contractual en esta materia; la determinación de los asuntos en los cuáles COMMSA representaba a las firmas accionantes ante la entidad contratante y si de ellos hacía parte o no la obligación de comunicar a

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-544-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Subrayado fuera de texto.

cada asociado de la iniciación de la actuación administrativa que culminara en la declaratoria de caducidad del contrato; si en las actuaciones previas inherentes a la caducidad del contrato COMMSA actuaba sólo en su propio nombre y representación o si lo hacía también en representación de sus asociadas; la efectividad de la comunicación del inicio de la actuación administrativa a través de COMMSA y sus alcances en relación con cada una de sus asociadas; si desde la óptica que ofrece la autonomía de la voluntad reflejada en las cláusulas del contrato de concesión, los miembros a los que se les adjudicó el contrato bajo promesa de constitución de sociedad futura se consideran o no como simples terceros de la relación contractual, entre otros.

En relación con la limitante para que el juez de tutela se pronuncie sobre litigios que surjan de la interpretación de textos legales cuando se estudia la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, la Corte ha considerado que, “al juez de tutela, cuando se está frente a una tutela interpuesta como mecanismo transitorio, le estaría vedado inmiscuirse en la interpretación de textos legales pues, naturalmente, se trata de un asunto que compete resolver en el proceso ordinario. Cosa que no ocurriría en caso de tutela como mecanismo definitivo, por cuanto es de su esencia la inexistencia de otro medio judicial de defensa”.<sup>18</sup>

De tal manera que el juez constitucional, cuando analiza la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, no puede desplazar al juez del contrato para realizar análisis de fondo sobre la materia específica, si, como en este caso, son aspectos de carácter legislativo los que están en discusión.

Así entonces, la labor de establecer si la participación de COMMSA en la actuación administrativa que culminó con la caducidad del contrato de concesión suplió o no la eventual exigencia de comunicación o notificación a cada una de las firmas asociadas, es un asunto de rango meramente legal que no le compete resolver a la jurisdicción constitucional, sino que deberá debatirse dentro del correspondiente proceso contencioso administrativo.

4.5. De otra parte, las firmas accionantes invocan igualmente la protección de los derechos a la igualdad y al buen nombre. No obstante, de acuerdo con la descripción de los hechos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el amparo de estos derechos está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, al ser improcedente el amparo de éste, también lo es frente a aquellos.

4.6. De acuerdo con las precedentes consideraciones, en el presente caso las firmas Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. cuentan con un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz al cual pueden acudir y, al no encontrarse en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable frente al derecho al debido proceso administrativo, es improcedente la acción de tutela interpuesta por ellas. En consecuencia, se negará la protección de los derechos invocados por las accionantes y se revocarán las sentencias proferidas en este proceso por los jueces de instancia.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-666-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4.7. Para efectos de proferir su decisión, la Sala levanta los términos del proceso de la referencia que estaban suspendidos.

#### **IV. DECISIÓN**

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

#### **RESUELVE:**

**Primero.- Levantar** los términos que se hallaban suspendidos en este proceso.

**Segundo.- Denegar** la acción de tutela instaurada por Equipos Universal S.A. y de Castro Tcherassi S.A. contra INVIAS en el proceso de la referencia y **Revocar** las correspondientes sentencias proferidas por los juzgados Quinto Penal Municipal de Barranquilla y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla.

**Tercero.-** Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA  
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA  
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT  
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO  
Secretario General (e)

## **Aclaración de voto a la Sentencia SU.1070/03**

**DEBIDO PROCESO FRENTE A FIRMAS CONTRATISTAS**-Han debido incluirse consideraciones en relación con el no desconocimiento de normas del C.C.A (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-615901

Tutela interpuesta por Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. contra el Instituto Nacional de Vías –INVIAS.

Magistrado Ponente:  
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Si bien he compartido las consideraciones expuestas acerca de la tutela como mecanismo transitorio y la decisión mayoritaria adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de la referencia, me permito aclarar mi voto en esta Sentencia por cuanto, como lo expresé durante el debate del respectivo proyecto de Fallo, de la información que obra en el expediente se infiere que la entidad accionada no vulneró el derecho al debido proceso de las firmas accionantes. Considero que esta circunstancia debió igualmente hacer parte de los fundamentos de la decisión.

Las dos empresas que instauraron la acción de tutela alegan que INVIAS les conculcó el derecho al debido proceso por cuanto no les comunicó ni notificó de la actuación administrativa que culminó con la caducidad del contrato de concesión 388/97. Invocan como normas infringidas los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, en mi criterio, con sus actuaciones INVIAS no desconoció ni inaplicó lo ordenado por estas dos disposiciones.

De una parte, aunque el artículo 28 del C.C.A. establece que la autoridad administrativa debe comunicar la existencia de la actuación administrativa iniciada de oficio y el objeto de la misma a los particulares que puedan resultar afectados en forma directa<sup>19</sup>, ello no significa que, para efectos del vínculo jurídico resultante del contrato 388/97, todas y cada una de las 12 firmas asociadas en COMMSA S.A. debieran tomarse por INVIAS como particulares individualmente considerados para efectos de la comunicación de las actuaciones iniciadas de oficio con ocasión de la ejecución del contrato.

La adjudicación del contrato de concesión no se hizo a las 12 firmas individualmente consideradas, sino a la unidad que ellas conformaban y que,

<sup>19</sup> El artículo 28 del Código Contencioso Administrativo hace referencia al deber de comunicar de las actuaciones administrativas iniciadas de oficio. Dispone que: “*Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35*”.

frente al proceso específico de contratación, representó la mejor oferta en su conjunto. En el pliego de condiciones, en la oferta y en el contrato se estableció que la adjudicación, celebración y ejecución del contrato se condicionaba a la figura de la sociedad futura a que alude el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Así lo asumieron los representantes legales de las sociedades que integraron la firma ganadora “*Futura Sociedad Anónima Concesionaria del Magdalena medio*”, quienes en el documento de promesa de constitución de sociedad anónima entregado a INVIAS, expresaron:

“... manifestamos nuestra intención inequívoca de constituir, en caso de resultar adjudicatarios de la licitación No. SCO-L01-97, una sociedad anónima cuyo objeto será el propio de las actividades que se deriven del cumplimiento de todos y cada uno de los artículos del Pliego de Licitación, sociedad que se registrará por las normas establecidas en el Código de Comercio de Colombia, y que tendrá una duración igual al término de la concesión y un año más ..”<sup>20</sup>.

Además, en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato 388/97, las partes acordaron el procedimiento para la declaratoria de caducidad y para hacer efectivas las garantías, sin que de ello se desprenda la obligación para INVIAS de comunicar o notificar a cada uno de los socios acerca de la actuación que culmine en la caducidad del contrato. Así se pactó en el Contrato 388/97:

#### CLAUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. CADUCIDAD

27.1 Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO establecidas en este Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo, de manera tal que pueda conducir a su paralización, el INVIAS, por medio de acto administrativo debidamente motivado, decretará la caducidad del Contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en la Cláusula TRIGÉSIMA PRIMERA<sup>21</sup>, en lo que fuese posible. Se entenderá que una causa afecta de manera grave y directa la ejecución del Contrato, cuando a pesar del requerimiento por incumplimiento con treinta (30) días de antelación, ésta no sea subsanada dentro del plazo previsto en la Cláusula 27.2. Se incluyen como causales de caducidad las siguientes: (...)

27.2. Ocurrida una causal de caducidad el INVIAS deberá darle aviso escrito al CONCESIONARIO, informándole sobre la ocurrencia del hecho y el CONCESIONARIO contará con un plazo de treinta (30) Días Hábiles para corregirlo a satisfacción del

<sup>20</sup> Tomado de la Consulta de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. 1283.

<sup>21</sup> La Cláusula Trigésima Primera del Contrato 388 alude a la “Toma de Posesión”.

INVIAS. Si el CONCESIONARIO en este plazo no hubiera subsanado el hecho que dio origen a la causal de caducidad el INVIAS podrá decretar la caducidad.

(...)

27.4. Una vez ejecutoriada la resolución de caducidad, el INVIAS hará efectivas las garantías a que hubiese lugar, las sumas indemnizatorias a que haya lugar pendientes de pago y la pena pecuniaria correspondiente. La resolución de caducidad, en cuanto ordene hacer efectivos los descuentos pecuniarios pendientes de pago, y la pena pecuniaria correspondiente, prestará mérito ejecutivo contra el CONCESIONARIO y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.

Siendo ello así, la entidad accionada no estaba jurídica ni contractualmente obligada a comunicar a todas y cada una de las empresas asociadas en COMMSA S.A. de la iniciación de la actuación administrativa, pues ellas, en virtud de las normas sobre la materia, disponían para tales efectos de un titular para la representación de sus intereses<sup>22</sup>.

Por el contrario, admitir los fundamentos expuestos por las peticionarias equivaldría a exigir a las autoridades públicas que comuniquen de sus actuaciones administrativas a todos y cada uno de los socios de una sociedad con la que celebró un contrato estatal, porque podrían resultar afectados con la eventual declaratoria de caducidad del contrato celebrado por el representante legal de la compañía. Y esto, en manera alguna, es lo que dispone el ordenamiento jurídico, pues, en este aspecto, basta comunicar la existencia de la actuación administrativa al representante legal del contratista para que sean válidas las decisiones que se profieran. Es decir, las actuaciones inherentes a la ejecución del contrato de concesión se canalizan a través del representante legal de la sociedad y no de cada una de las empresas asociadas. De tal suerte que incumbe a los socios hacer presencia en la sociedad contratista, enterarse de su gestión y hacer seguimiento al cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales. Así pues, las omisiones en que incurran los asociados no pueden trasladarse a la entidad pública contratante.

Por consiguiente, si las 12 firmas socias de COMMSA S.A. no actúan como particulares ni como terceros en la relación contractual acordada con INVIAS, no es exigible, en las condiciones expuestas por las accionantes, la aplicación del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>22</sup> Según lo dispone el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios. Y, en relación con la representación de los intereses de los miembros del consorcio, el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 80 señala que ellos deberán designar la persona que, *para todos los efectos*, representará al consorcio y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

De otra parte, INVIAS tampoco estaba obligada a dar aplicación en este caso al artículo 14 del C.C.A. Esta norma regula un aspecto distinto al de la naturaleza del vínculo jurídico existente entre las firmas accionantes, la sociedad de la cual ellas hacen parte y la entidad pública contratante.

En efecto, el artículo 14 del Código regula la citación de terceros que puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión administrativa con ocasión del ejercicio del derecho de petición en interés particular<sup>23</sup> y, contrario a lo alegado por ellas, las firmas accionantes, mas que terceros interesados, son parte de la relación contractual dada entre INVIAS y COMMSA S.A. Ello se deduce de su participación en la Licitación Pública SCO-L01/97, en la constitución de la sociedad contratista y en la celebración del correspondiente contrato de concesión, el contrato 388/97. Tampoco se está ante actuaciones administrativas iniciadas por un ciudadano en ejercicio del derecho de petición en interés particular, como lo exige el artículo 14 en referencia, sino ante una actuación oficiosa a cargo de la administración, tendiente a la declaratoria de caducidad de un contrato estatal.

Así entonces, en este caso los miembros de la sociedad contratista no actúan como terceros de la relación contractual, ya que fueron los oferentes, son los contratistas de INVIAS y en cuanto a su representación ante la entidad accionada, *para todos los efectos*, están regulados por las normas que rigen para los consorcios.

Por lo anterior, considero que en la actuación adelantada por INVIAS no se desatendieron los preceptos del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) invocados por las accionantes y estimo que ello también debió incluirse en la sentencia.

Fecha et supra

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

<sup>23</sup> El artículo 14 del Código Contencioso Administrativo establece lo siguiente: “*Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz. En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición. Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente*”.

## **Salvamento de voto a la Sentencia SU.1070/03**

**ACTO QUE DECLARA CADUCIDAD DE CONTRATO**-Naturaleza sancionatoria (Salvamento de voto)

**DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO** (Salvamento de voto)

*La garantía constitucional de audiencia bilateral y contradicción debe ser observada por los entes públicos desde el inicio de la actuación administrativa hasta su culminación, permitiendo la participación de los sujetos con interés en la decisión durante todo el procedimiento de formación del acto administrativo. Los artículos 14, 15, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo desarrollan las reglas de procedimiento a las cuales debe someterse la entidad pública antes de aplicar cualquier medida contractual de carácter sancionatorio, ordenando comunicarle a los terceros con interés el inicio de la actuación correspondiente, con el objetivo de que formulen descargos y soliciten pruebas si lo consideran pertinente.*

**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN DECLARACION DE CADUCIDAD DE CONTRATO** (Salvamento de voto)

*Previa la declaratoria de caducidad de un contrato, la entidad estatal tiene la obligación constitucional y legal de adelantar un procedimiento administrativo que asegure el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de todas las personas con interés jurídico en la decisión.*

**SOCIEDADES CON OBJETO UNICO/DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN DECLARACION DE CADUCIDAD DE CONTRATO Y LITISCONSORCIO PASIVO**-Debe integrarse desde el principio (Salvamento de voto)

*De acuerdo al desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso contenido en los artículos 28 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, la existencia de una pluralidad de personas en el extremo pasivo de la obligación, obliga a la entidad a integrar el litisconsorcio dentro de la actuación administrativa que adelante previamente a la declaratoria de caducidad. Debido a la unicidad de la relación jurídica que se debate y de la decisión que obligará a la pluralidad de sujetos pasivos del contrato, la vinculación individual de todos los deudores solidarios al procedimiento administrativo para efectos de garantizar su derecho de defensa y contradicción, resulta constitucional y legalmente obligatoria. Lo mismo ocurre en los procesos contencioso administrativos relativos a controversias contractuales en los cuales, por virtud del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, resulta necesario conformar el litisconsorcio por activo y por pasiva cuando en el proceso se ventilen pretensiones derivadas de un contrato estatal en las que una parte sea un consorcio, unión temporal o sociedad con objeto único. Se advierte que el interés jurídico que personalmente le asiste a cada uno de los integrantes de la sociedad de contratistas, exige que se integre adecuadamente el litisconsorcio pasivo, para*

*que los deudores solidarios intervengan desde su inicio, en el procedimiento administrativo que la entidad estatal adelante para declarar la caducidad de un contrato.*

**ACCION DE TUTELA FRENTE A DECLARACION DE CADUCIDAD DE CONTRATO- Procedencia (Salvamento de voto)**

*La posición jurisprudencial que debió reiterar la Corte en el presente fallo es que la afectación grave de la personalidad jurídica que sufren los particulares que colaboran en la gestión de los servicios públicos como consecuencia de la declaración de caducidad de un contrato, sin la observancia de las formas debidas, constituye un conflicto de rango constitucional amparable en sede de tutela.*

Magistrado Ponente:  
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Expediente T-615901

Tutela interpuesta por Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. contra el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-

Con el acostumbrado respeto, los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto nos apartamos de la posición mayoritaria adoptada por la Corte en la sentencia de la referencia, toda vez que consideramos que los fallos de tutela proferidos por los juzgados Quinto Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla debieron ser confirmados. A nuestro juicio, el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- incurrió en una ostensible violación del derecho al debido proceso administrativo de las sociedades accionantes, durante la actuación que culminó con la expedición de la Resolución No. 2282 de 2000, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato de concesión No. 388 de 1997 y se hizo extensiva la solidaridad entre COMMSA y sus accionistas, por las razones que se pasan a exponer.

Consideramos que el presente caso fue resuelto erróneamente por la Corte Constitucional, quien debió examinar los problemas jurídicos que más adelante se relacionan, lo que habría determinado la procedencia de la acción de tutela y la protección constitucional de los derechos fundamentales en conflicto.

En primer lugar, esta Corporación debió determinar si conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, resultaba necesario que el INVIAS vinculara a los accionistas de la sociedad COMMSA S.A. a la actuación administrativa iniciada por ese ente público con el objeto de declarar la caducidad del contrato de concesión No. 388 de 1997 y hacer efectiva la responsabilidad solidaria, o si por el contrario, la notificación de la iniciación

de la actuación administrativa al representante legal de COMMSA S.A. era suficiente para que legalmente se consideraran vinculados los accionistas de la misma.

Solamente una vez resuelto lo anterior, podía la Sala determinar si los accionantes padecieron la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, buen nombre e igualdad, y si procedía la protección transitoria del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la solución a los problemas jurídicos planteados, exige señalar el alcance y contenido de las garantías constitucionales inherentes al debido proceso en ejercicio de las potestades sancionatorias de la Administración, con ocasión del incumplimiento contractual de una sociedad con objeto único. Debe considerarse, entonces, la naturaleza sancionatoria del acto que declara la caducidad, las formalidades propias de los procedimientos administrativos sancionatorios, el régimen jurídico de las sociedades con objeto único y los efectos de la irregular declaratoria de caducidad de un contrato, que colocan al contratista frente a un perjuicio irremediable.

## **I. NATURALEZA SANCIONATORIA DEL ACTO QUE DECLARA LA CADUCIDAD**

En el ámbito contractual, la Administración Pública cuenta con potestades sancionatorias de contenido pecuniario y resolutorio, con el fin de asegurar la debida ejecución de los contratos. La potestad de declarar la caducidad de un contrato es el paradigma de las sanciones resolutorias que puede imponer una entidad contratante. Con la exclusiva finalidad de garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, el legislador le otorgó a las entidades estatales la facultad de terminar unilateralmente los contratos de concesión, entre otras causales, en el evento en que su ejecución se vea afectada de manera grave y directa, en forma tal que pueda ocasionar su paralización, debido al incumplimiento imputable al contratista.

Si bien la caducidad recae sobre el contrato, los efectos jurídicos de su declaratoria se extienden a los contratistas, e inclusive, a los demás contratos estatales que éstos se encuentren ejecutando. Así, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 prevé la terminación unilateral del contrato, la liquidación del mismo en el estado en que se encuentre, el cobro de la cláusula penal pecuniaria y de la garantía de cumplimiento; los literales c) e i) del numeral 1º del artículo 8º de la misma ley, inhabilitan a los contratistas con las calidades allí estipuladas, para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con otras entidades estatales por el término de cinco años; y finalmente, el artículo 9º de la Ley 80 de 1993 obliga al contratista que le sobrevenga la inhabilidad, a ceder los contratos estatales que se encuentre ejecutando.

A raíz de estos efectos, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en afirmar que la declaratoria de caducidad de un contrato implica importantes y

gravosas consecuencias jurídicas para el contratista incumplido. En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que:

*“El carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad del contrato estatal es algo que no puede ponerse en duda, ya que no sólo significa el aniquilamiento del contrato sino que comporta para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos durante cinco (5) años (art. 8º lit. c) Ley 80 de 1993).*

*En palabras del profesor Carlos H. Pareja<sup>24</sup>, la caducidad es un remedio in articulo mortis ya que no es razonable que la administración recurra a ese extremo sino cuando no exista otro capaz de asegurar el funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra.*

*Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales.”*

Por lo cual, no cabe duda que la facultad de declarar la caducidad de un contrato estatal por el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista constituye una potestad de la Administración Pública de naturaleza sancionatoria.

## **II. EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS**

Si conforme al artículo 29 de la Constitución Política, la garantía del debido proceso cubija la formación y ejecución de todas las actuaciones adelantadas por la Administración Pública, con mayor razón es necesario observar las reglas básicas derivadas de esta garantía constitucional cuando se trata de una actuación de naturaleza sancionatoria.

Por este motivo esta Corporación ha reiterado que la imposición de una sanción administrativa debe estar precedida de las garantías mínimas que le permitan al implicado conocer la existencia y el objeto de la actuación adelantada, participar en su defensa, presentar y solicitar pruebas, así como controvertir las allegadas en su contra.<sup>25</sup> Al respecto, la Corte ha manifestado que el debido proceso:

*“(…) se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines*

<sup>24</sup> DERECHO ADMINISTRATIVO. Bogotá, Editorial El Escolar, 1939. 2ª ed. P. 416.

<sup>25</sup> T-442 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), SU-219 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-1201 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre otras.

*estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.*

*El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias garantías establecidas en beneficio del administrado, etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos.” (T-442 de 199, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez)*

Ahora bien, la garantía constitucional de audiencia bilateral y contradicción debe ser observada por los entes públicos desde el inicio de la actuación administrativa hasta su culminación, permitiendo la participación de los sujetos con interés en la decisión durante todo el procedimiento de formación del acto administrativo. Los artículos 14, 15, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo desarrollan las reglas de procedimiento a las cuales debe someterse la entidad pública antes de aplicar cualquier medida contractual de carácter sancionatorio, ordenando comunicarle a los terceros con interés el inicio de la actuación correspondiente, con el objetivo de que formulen descargos y soliciten pruebas si lo consideran pertinente. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que:

*“(…) en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.”<sup>26</sup>*

<sup>26</sup> Sentencia del 9 de julio de 1998, exp. 13.900, citada en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, del 17 de julio de 2003, exp. 24.707, C.P. Alier E. Hernández Enriquez.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, y atendiendo la naturaleza sancionatoria de la declaratoria de caducidad, el artículo 18 del Estatuto General de Contratación supedita la legalidad de su imposición a la comprobación dentro de un procedimiento administrativo de algunos presupuestos expresamente establecidos en la ley. Como quiera que la finalidad de su declaración es garantizar la continuidad del servicio y cumplir satisfactoriamente con el objeto contratado, el ordenamiento jurídico sólo le permite a la entidad aplicar esta potestad sancionatoria, cuando el incumplimiento de las obligaciones sea imputable al contratista y los perjuicios que se generen revistan una gravedad tal, que amenacen con paralizar la prestación del servicio o la ejecución del contrato.

Dentro del procedimiento administrativo que adelanta la entidad contratante con el objeto de declarar la caducidad de un contrato, el contratista puede controvertir la valoración que realiza la entidad de los presupuestos para declararla. De este modo, el contratista puede demostrar: i) que cumplió con sus obligaciones; ii) que el incumplimiento no generó ningún daño, o que no afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato; o iii) que el incumplimiento no le es imputable, puesto que obedece a la culpa de la entidad contratante (por deficiencia en los planos o el diseño de los pliegos que generaron retardos en la ejecución del contrato), al hecho de un tercero (por fallas de quien realice la interventoría) o la existencia de fuerza mayor o caso fortuito (por el atraso en el cronograma de ejecución debido a las condiciones climáticas, a la situación de orden público o al desabastecimiento del mercado).

Atendiendo la oportunidad que debe garantizársele al contratista para alegar en su favor, esta Corporación ha advertido sobre la vulneración al debido proceso de los sancionados cuando la caducidad del contrato se declara de plano. Así, en la reciente sentencia SU-219 de 2003, la Sala Plena de la Corte Constitucional sostuvo que:

*“El debido proceso administrativo no está llamado a cumplirse de manera escindida, parcializada o discriminada; al contrario, es una garantía que atraviesa toda la actuación de la administración, y es bajo la égida de un proceso debido, como deben proferirse los actos administrativos.*

*(...)*

*Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.”* (subrayado fuera del texto original) (Sentencia SU-219 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas)

Por consiguiente, previa la declaratoria de caducidad de un contrato, la entidad estatal tiene la obligación constitucional y legal de adelantar un procedimiento administrativo que asegure el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de todas las personas con interés jurídico en la decisión.

Sin embargo, la determinación de los sujetos con interés jurídico en la declaratoria de caducidad de un contrato, guarda relación con la naturaleza jurídica del contratista incumplido. En consecuencia, resulta de la mayor importancia identificar el régimen jurídico aplicable a las sociedades con objeto único, como quiera que el contrato de concesión No. 388 de 1997 fue suscrito por COMMSA S.A., cuyo único objeto social era la realización de los estudios y diseños definitivos, rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento por el sistema de concesión del proyecto vial contratado.

### III. SOCIEDADES CON OBJETO UNICO

La Ley 80 de 1993 prevé la celebración de contratos con sociedades cuyo único objeto social sea el de presentar una propuesta para celebrar y ejecutar un contrato con una entidad pública, dotando a esta figura de colaboración empresarial un régimen jurídico que en algunos aspectos difiere de aquél previsto para las sociedades comerciales.

Si bien la conjunción de actividades, intereses, esfuerzos y recursos pertenecientes a dos o más personas naturales o jurídicas para la celebración de un contrato estatal genera una sociedad con personería jurídica autónoma y diferente a la de sus socios, la naturaleza de su régimen jurídico es mixta. Por una parte, la relación de los socios entre si y frente a terceros se rige por la figura societaria escogida, de acuerdo a las disposiciones comerciales. Por la otra, el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993<sup>27</sup> señala la particularidad que diferencia a las sociedades con objeto único de las sociedades comerciales, al expresar que el vínculo jurídico entre la sociedad y la entidad contratante es el previsto para los consorcios, es decir, de solidaridad entre la sociedad y sus integrantes por el cumplimiento de la propuesta y las obligaciones derivadas del contrato.

La remisión al régimen de responsabilidad previsto para los consorcios significa que los socios responden solidariamente con la sociedad, independientemente de la figura societaria bajo la cual se encuentren agrupados. Dicha solidaridad implica que son varios los patrimonios afectados a la obligación; por un lado, el de la sociedad con objeto único, y por el otro, el de cada uno de sus miembros, quienes responderán patrimonial y personalmente por todas las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten durante la ejecución del contrato<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Párrafo 3º, artículo 7º de la Ley 80 de 1993: *“En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.”*

<sup>28</sup> *“La expresión “solidariamente” contenida en el artículo 7º ibidem (Ley 80 de 1993), referida a los miembros del consorcio, hace visible que el legislador en materia de la responsabilidad parte de que el consorcio no es una persona sino un conjunto de personas porque, precisamente, la solidaridad no se predica de la singularidad sino de la pluralidad de personas.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 23 de mayo de 2002, exp. No. 17588, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Para el Consejo de Estado, la solidaridad implica la afectación de una pluralidad de sujetos a la obligación. Por ello ha dicho que:

*“La expresión “solidariamente” contenida en el artículo 7º ibídem (Ley 80 de 1993), referida a los miembros del consorcio, hace visible que el legislador en materia de la responsabilidad parte de que el consorcio no es una persona sino un conjunto de personas porque, precisamente, la solidaridad no se predica de la singularidad sino de la pluralidad de personas.”<sup>29</sup>*

Ahora bien, de acuerdo al desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso contenido en los artículos 28 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, la existencia de una pluralidad de personas en el extremo pasivo de la obligación, obliga a la entidad a integrar el litisconsorcio dentro de la actuación administrativa que adelante previamente a la declaratoria de caducidad. Debido a la unicidad de la relación jurídica que se debate y de la decisión que obligará a la pluralidad de sujetos pasivos del contrato, la vinculación individual de todos los deudores solidarios al procedimiento administrativo para efectos de garantizar su derecho de defensa y contradicción, resulta constitucional y legalmente obligatoria.<sup>30</sup>

Lo mismo ocurre en los procesos contencioso administrativos relativos a controversias contractuales en los cuales, por virtud del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, resulta necesario conformar el litisconsorcio por activo y por pasiva cuando en el proceso se ventilen pretensiones derivadas de un contrato estatal en las que una parte sea un consorcio, unión temporal o sociedad con objeto único.

El Consejo de Estado ha resaltado, en estos términos, la necesaria comparecencia individual de los integrantes de los consorcios y uniones temporales, en los procesos contencioso administrativos en los que actúen como demandantes o demandados estas agrupaciones empresariales.<sup>31</sup>

*“(…) la Sala ha establecido que si un consorcio, léase también unión temporal, se ve obligado a comparecer a un proceso como demandante o demandado cada uno de los integrantes debe*

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 23 de mayo de 2002, exp. No. 17588, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>30</sup> En este mismo sentido se pronunció recientemente esta Corporación en la sentencia C-1201 de 2003, al declarar exequible el artículo del Estatuto Tributario referente a la vinculación de los deudores solidarios al proceso administrativo de determinación de una obligación tributaria. La sujeción de esta norma a los preceptos constitucionales fue condicionada al entendido que el deudor solidario sea vinculado a la actuación administrativa, para efectos de determinar la proporción y los supuestos de hecho que constituyan la responsabilidad solidaria.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencias del 23 de mayo de 2002, exp. No. 17.588, C.P. María Elena Giraldo Gómez, 13 de diciembre de 2001, exp. No. 21.305, C.P. Alier E. Hernández Enriquez y 20 de febrero de 1998, exp. No. 11.101.

*hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario; (...)*<sup>32</sup>

Sin embargo, resulta necesario aclarar que la notificación al representante legal de la sociedad con objeto único, y la defensa que éste adelante en representación de la sociedad de contratistas, no tiene la virtualidad de representar también a la pluralidad de sujetos que conforman la parte pasiva de la obligación solidaria y cuyo patrimonio mantiene su independencia del patrimonio social. Como quiera que se trata de sociedades cuyo único objeto social es la celebración y ejecución del contrato estatal, para las cuales la Ley 80 de 1993 señaló su solidaridad frente a las obligaciones adquiridas con la Administración Pública, resulta equivocado aplicar las normas sobre representación legal que rigen las sociedades comerciales. Por el contrario, debe aplicarse la legislación especial en la materia, según la cual la naturaleza del vínculo jurídico frente a la entidad contratante es la prevista para los consorcios, por lo que cada patrimonio de los asociados mantiene su singularidad. Es por ello, que la representación de la sociedad con objeto único no se extiende a los socios para los asuntos en que se vea comprometida la responsabilidad civil, penal o administrativo de los socios individualmente considerados.

Como conclusión, se advierte que el interés jurídico que personalmente le asiste a cada uno de los integrantes de la sociedad de contratistas, exige que se integre adecuadamente el litisconsorcio pasivo, para que los deudores solidarios intervengan desde su inicio, en el procedimiento administrativo que la entidad estatal adelante para declarar la caducidad de un contrato.

#### **IV. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA**

El inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, desarrollado por el artículo 80 del Decreto 2591 de 1991, dispone la procedencia de la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo que, aún existiendo un mecanismo de protección en el ordenamiento jurídico, al juez constitucional no le puede ser indiferente la violación de un derecho fundamental cuya protección por el medio ordinario de defensa judicial resulte ineficaz.

Como ya se ha visto, los efectos de la declaración de la caducidad de un contrato suscrito con una sociedad con objeto único recaen conjuntamente sobre la sociedad y sus socios individualmente considerados, incidiendo de manera particular y gravosa en el ejercicio presente y futuro de su personalidad jurídica. En efecto, además de la terminación unilateral del vínculo contractual que ha dado lugar a la caducidad, el artículo 9º de la Ley 80 de 1993 señala que la inhabilidad sobreviniente que recae sobre la sociedad con objeto único y sus socios, los obliga a ceder los demás contratos que se encuentren ejecutando como colaboradores del Estado. Así mismo, de acuerdo al literal i), numeral 1º, artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la sociedad de

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2001, exp. No. 21.305, C.P. Alier E. Hernández Enriquez.

contratistas y los socios que la integran quedan inhabilitados por cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, para participar en procesos de selección o contratar con cualquier entidad del sector público.

De esta forma, los efectos del acto que declara la caducidad colocan al sancionado en una imposibilidad de ejercer su objeto social. Así, la restricción para la sociedad con objeto único y para cada uno de sus socios de celebrar contratos con el Estado por cinco años y la obligación de ceder los contratos estatales que se encuentren ejecutando, implica una afectación grave de la capacidad jurídica de los contratistas sancionados. Esta sanción, al ser impuesta con violación de las garantías del debido proceso, genera para los afectados un perjuicio irremediable que debe ser protegido por el juez de tutela, debido a la ineficacia de los medios ordinarios de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa para proteger de manera oportuna los derechos al debido proceso y el ejercicio de la personalidad jurídica.

Esta posición recoge el precedente fijado por esta Corporación en la sentencia de unificación SU-219 de 2003<sup>33</sup>, según el cual, una entidad estatal coloca al contratista frente a un perjuicio irremediable cuando declara la caducidad del contrato vulnerado sus garantías procesales. En relación con el perjuicio irremediable que afronta el contratista en este evento, la Corporación manifestó:

*“La conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos, sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del juez de tutela. Perjuicio irremediable<sup>34</sup> que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa, como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para “... la participación en licitaciones y / o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y / o cualquier otro sistema<sup>35</sup>”.*

<sup>33</sup> En esta ocasión, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la declaratoria de caducidad de un contrato a través de un procedimiento administrativo irregular, debido a vicios que generaron el desconocimiento del debido proceso de los accionistas de una sociedad con objeto único, los colocó frente a un perjuicio irremediable que debía ser protegido por los jueces de tutela.

<sup>34</sup> “De acuerdo a lo esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.” C-531 de 1993.

<sup>35</sup> Artículo 4°. Escritura pública 5186 de diciembre 2 de 1997, notaría 51 de Bogotá. Y al tenor del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 quedan inhabilitadas para participar en licitaciones o concursos o en la celebración de contratos con entidades estatales por 5 años.

*La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo.”(subrayado fuera del texto original) (SU-219 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)*

Lo anterior no obsta para que, si la restricción al ejercicio de la personalidad jurídica se impone dentro de una actuación administrativa respetuosa del derecho al debido proceso de los sancionados, la legalidad de la sanción sólo pueda ser desvirtuada por el juez contencioso administrativo.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial que debió reiterar la Corte en el presente fallo es que la afectación grave de la personalidad jurídica que sufren los particulares que colaboran en la gestión de los servicios públicos como consecuencia de la declaración de caducidad de un contrato, sin la observancia de las formas debidas, constituye un conflicto de rango constitucional amparable en sede de tutela.

## **V. CASO CONCRETO**

Con base en las consideraciones anteriores, los suscritos magistrados consideramos que la Corte Constitucional debió haber confirmado los fallos proferidos en primera y segunda instancia.

En efecto, teniendo en cuenta que el contrato de concesión No. 388 de 1997 fue suscrito con COMMSA S.A., sociedad con objeto único que está conformada, entre otras, por las sociedades accionantes, el vínculo jurídico entre la sociedad de contratistas y la entidad contratante se regía por las normas previstas para los consorcios, según la remisión expresa del Estatuto General de Contratación. Por esta razón, las sociedades accionantes hacían parte de la pluralidad de sujetos que integran el extremo pasivo de la obligación, estando llamadas a responder patrimonial y personalmente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato según el parágrafo 3º del artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

Bajo este entendido, la entidad contratante omitió comunicarle a las firmas Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A., así como a los demás socios de la sociedad con objeto único, la existencia y objeto de la actuación administrativa que tenía como fin declarar la caducidad del contrato de concesión, impidiéndoles presentar pruebas a su favor y alegar en su defensa

como lo ordenan el artículo 29 de la Constitución y los artículos 14, 28 y siguientes del Código Contencioso Administrativo. Como ya fue señalado, la notificación de la iniciación del proceso y la participación del representante legal de la sociedad COMMSA S.A. no implica que los accionistas hayan sido citados y vinculados en debida forma al procedimiento, como quiera que éstos responden civil, penal y administrativamente de manera individual.

Por lo cual, la inobservancia de INVIAS de las garantías contenidas en el Código Contencioso Administrativo relativas a la notificación y la oportunidad de defensa de los implicados, conlleva una violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Ahora bien, por las razones anteriormente anotadas, INVIAS colocó a las sociedades Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. frente a un perjuicio irremediable. Además de la terminación inmediata del contrato de concesión, de su liquidación en el estado en que se encuentre y del cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada (artículo 18 de la Ley 80 de 1993), las consecuencias que se refieren a la imposibilidad para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por cinco años (literales c) e i) del numeral 1° del artículo de la Ley 80 de 1993) y la obligación de ceder los contratos estatales que actualmente tengan en ejecución (artículo 9° de la Ley 80 de 1993), cercena ilegalmente y de manera prolongada el ejercicio de la personalidad jurídica de estas sociedades. Como quiera que, en virtud de un acto manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, las sociedades accionantes han visto gravemente afectada su capacidad jurídica para desarrollar su razón social, se hace imperativa una protección en sede de tutela de los derechos al debido proceso y al ejercicio de la personalidad jurídica.

Por todo lo anterior, los magistrados que salvamos el voto consideramos que la declaratoria de caducidad, al haber sido impuesta desconociendo las formalidades del debido proceso administrativo, generó un perjuicio irremediable para las sociedades accionantes que debió haber sido protegido transitoriamente por esta Corporación.

Fecha ut Supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT  
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Magistrada

## **Aclaración de voto a la Sentencia SU.1070/03**

Referencia: expediente T-615901

Tutela interpuesta por Equipos Universal S.A. y Castro Teherassi S.A. contra el Instituto Nacional de Vías –INVIAS.

Magistrado Ponente:  
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado aclara el voto en relación con los siguientes aspectos:

Lo que hoy se discute es distinto del caso en que fue ponente el Doctor Alvaro Tafur. La diferencia consiste en que en este último caso se trataba de la inhabilidad de los accionistas de la sociedad incumplida, en cambio, ahora se trata de las consecuencias de la caducidad por incumplimiento del contrato y de si la multa debe ser pagada solidariamente por todos los accionistas.

Sobre el tema que aquí se trata ya existe un antecedente en la Corte Constitucional sobre la misma materia, de la que fue ponente el magistrado Alfredo Beltrán y no existen argumentos fuertes para cambiarlo.

En este contrato en particular, tanto en la licitación como en la calificación se dijo expresamente que los socios serían solidariamente responsables, de modo que en este caso la situación jurídica estaba definida y la solidaridad se pacto expresamente.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA  
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA SU-1070 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2003, (Expediente T-615901).**

**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN DECLARACION DE CADUCIDAD DE CONTRATO-Inexistencia de violación por no participación de todas las sociedades que crearon COMMSA S.A. (Aclaración de voto)**

*A mi juicio es contraria a la ley la supuesta necesidad jurídica de participación de las sociedades que crearon una nueva para la celebración del contrato, como requisito indispensable para que el Estado pueda declarar la caducidad de este último. Si ello fuera cierto, de la misma manera y por tener también un “interés en la decisión”, podrían impetrar que la caducidad sólo se declarara previa audiencia de ellas las compañías de seguros que hubieran otorgado las pólizas correspondientes para amparar los riesgos que la ley exige. Podrían aducir estas últimas, que son terceros a quienes afecta la decisión que se tome, como en fundamento lo pretenden los socios de COMMSA S.A. y, de esa manera, se entorpecería de manera inusitada la facultad del Estado para declarar la caducidad del contrato. Semejante interpretación conduce simplemente a que se haga nugatoria una clara potestad estatal. El argumento que ahora serviría para defender una supuesta e inexistente violación del debido proceso a la doce sociedades que constituyeron la Concesionaria del Magdalena Medio S.A., llevaría también a que igual tratamiento se le diera a las compañías de seguros en este y en otros casos futuros, para regresar de esa manera a la situación que en su momento dio origen a numerosas controversias judiciales y administrativas durante la vigencia del Decreto 150 de 1976, lo que resulta inaudito y en desmedro de los intereses del Estado.*

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto con respecto a la Sentencia SU-1070 de 13 de noviembre de 2003, por cuanto juzgo necesario precisar algunos aspectos que motivaron la decisión contenida en la sentencia aludida.

Así, es claro conforme a los antecedentes de la celebración del contrato de concesión No. 388 de 1997 celebrado entre el Ministerio del Transporte y la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. –COMMSA S.A. –, que luego de abierta la licitación correspondiente, doce sociedades se presentaron a la licitación y, conforme a lo autorizado por la Ley 80 de 1993 manifestaron que, en caso de que se les adjudicara la obra para la cual participaron en esa licitación, prometían constituir una sociedad futura con ese objeto. Es decir, se prometió la celebración de un contrato de sociedad sujeto a la condición de la adjudicación de la obra de que trata esa licitación. De no haberse obtenido esta, o sea fallida, la condición, es evidente que la Sociedad denominada

Concesionaria del Magdalena Medio S.A. –COMMSA S.A.- no habría nacido a la vida jurídica.

Las distintas sociedades que dieron origen a COMMSA S.A., conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, no sólo constituyeron esa persona jurídica sino que, además, el representante legal de esta nueva sociedad, representa a los demás “para todos los efectos legales”. Por esa razón, el contrato de concesión lo suscribe el representante legal de la sociedad “Concesionaria del Magdalena Medio S.A. –COMMSA S.A.- sin que en él aparezca necesidad jurídica de que sea suscrito por cada uno de los representantes legales de las doce sociedades que le dieron origen al nuevo ente societario. Las pólizas de cumplimiento, de garantía de la estabilidad de la obra, del pago de salarios y prestaciones sociales, por ejemplo, deberían ser oportunamente presentadas y entregadas al Ministerio de Transporte por el representante legal de COMMSA S.A. y no por cada uno de los representantes de las doce sociedades que conformaron aquella como socios. Y, en fin, el Ministerio de Transporte, para los efectos contractuales, debería entenderse siempre con el representante legal de la sociedad denominada Concesionaria del Magdalena Medio S.A., puesto que esta es la sociedad contratista.

De esta suerte, las observaciones, reclamos o requerimientos sobre la ejecución del contrato o su retardo, debían ser formuladas por el Ministerio de Transporte a la sociedad contratista, es decir a Concesionaria del Magdalena Medio S.A., COMMSA S.A., y no a ninguna otra persona jurídica.

Del mismo modo, si la inexecución total o parcial de las obligaciones del contratista llegaran a configurar una causal para decretar la caducidad del contrato, una vez agotado el procedimiento previo establecido en este, el Ministerio de Transporte, conforme a la ley, tenía las atribuciones suficientes para decretar esa caducidad contractual. Esta, como se sabe, es una de las expresiones a que da lugar la contratación con el Estado, pues la caducidad, lo mismo que la terminación unilateral del contrato o la modificación unilateral del contrato por parte del Estado, son cláusulas exorbitantes que otro contratista no podría incluir, pero sí las entidades estatales por razones de interés público y como consecuencia derivada de la soberanía del Estado.

Así las cosas, la solidaridad de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato y que adviene consecuentemente a la declaración de caducidad, la impone la ley y a ella no pueden sustraerse los socios de la sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A., que tenían conocimiento de la posibilidad de que ello sucediera si se presentaba una circunstancia constitutiva de causal para decretar la caducidad del contrato, no solo porque así lo dispone sino porque, además, de manera expresa así se estipuló en el contrato 388 de 1997.

Pretender que declarar la caducidad de este o de cualquier otro contrato en similares circunstancias, exigiría que en el procedimiento que culmina con la declaración de caducidad del mismo sea jurídicamente necesario que participe cada una de las sociedades que le dio origen a aquella con la cual se celebró el contrato bajo el pretexto que, de otra manera, se vulneraría el derecho al

debido proceso administrativo, aparentemente tiene fortaleza. Pero, en realidad, se trata de una falacia que conduce a entorpecer la potestad del Estado para declarar la caducidad del contrato y para hacer efectiva la solidaridad que por el monto de la pena pecuniaria derivada del incumplimiento contractual aparece para los socios el ordenamiento jurídico positivo.

Una cosa es la declaración de caducidad y de la solidaridad pecuniaria que impone la ley entre la sociedad contratista y las personas jurídicas que la conformaron para la celebración del contrato, y otra, muy distinta, es el cobro de esa obligación solidaria por la vía ejecutiva. Son, en realidad, dos cuestiones jurídicas claramente diferenciadas. En el proceso ejecutivo, si hay lugar a él, cada uno de esos socios solidarios podrá ejercer su derecho de defensa. Pero, después de crear la sociedad para celebrar el contrato y de celebrarlo por intermedio del representante legal de COMMSA S.A., que los representa para todos los efectos legales según lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, no puede aducirse que tales efectos son “todos”, pero solo en cuanto los benefician y aligeran los trámites; pero no son “todos” si se trata de lo que eventualmente pueda perjudicarlos o declarar obligaciones señaladas de antemano por la ley y pactadas expresamente en el contrato, como ocurre con la declaración de caducidad y las obligaciones derivadas de la solidaridad impuesta por la ley entre la sociedad contratista y las sociedades que la crearon.

A mi juicio es contraria a la ley la supuesta necesidad jurídica de participación de las sociedades que crearon una nueva para la celebración del contrato, como requisito indispensable para que el Estado pueda declarar la caducidad de este último. Si ello fuera cierto, de la misma manera y por tener también un “interés en la decisión”, podrían impetrar que la caducidad sólo se declarara previa audiencia de ellas las compañías de seguros que hubieran otorgado las pólizas correspondientes para amparar los riesgos que la ley exige. Podrían aducir estas últimas, que son terceros a quienes afecta la decisión que se tome, como en fundamento lo pretenden los socios de COMMSA S.A. y, de esa manera, se entorpecería de manera inusitada la facultad del Estado para declarar la caducidad del contrato.

Semejante interpretación conduce simplemente a que se haga nugatoria una clara potestad estatal. El argumento que ahora serviría para defender una supuesta e inexistente violación del debido proceso a la doce sociedades que constituyeron la Concesionaria del Magdalena Medio S.A., llevaría también a que igual tratamiento se le diera a las compañías de seguros en este y en otros casos futuros, para regresar de esa manera a la situación que en su momento dio origen a numerosas controversias judiciales y administrativas durante la vigencia del Decreto 150 de 1976, lo que resulta inaudito y en desmedro de los intereses del Estado. Por ello aclaro mi voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA  
Magistrado