

Sentencia T-150/16

CAPACIDAD JURIDICA DE LOS CONSORCIOS PARA COMPARECER COMO PARTE EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Los Consorcios son titulares de derechos fundamentales como el debido proceso y, en consecuencia, se encuentran legitimados para ejercer la acción de tutela en procura de su efectiva protección cuando resulte amenazado o conculcado frente a actuaciones judiciales o administrativas, dimensiones en las que, con idéntico rigor, se impone la estricta observancia del aludido derecho fundamental, en todos los aspectos que según la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina involucra y conlleva.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIA CONTRACTUALES-Improcedencia de la acción de tutela

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

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIA CONTRACTUALES-Improcedencia por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad

Referencia:
Expediente T-5.138.445

Demandantes:
Consortio de Interventoría de Gestión-CIG

Demandado:
Empresas Municipales de Tuluá- EMTULUA-E.S.P.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, el veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), que revocó la sentencia dictada, en primea instancia, por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tuluá, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 12 de mayo de 2015, el Consorcio de Interventoría de Gestión-CIG-, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra las Empresas Municipales de Tuluá-EMTULUA- E.S.P. con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, presuntamente vulnerados por dicha entidad al adelantar, en su contra, el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011¹ para declarar el incumplimiento del Contrato N.º01 de 2003. Lo anterior, sin tener en cuenta que las partes pactaron que acudirían a los mecanismos consagrados en la Ley 446 de 1998 y en el Decreto 1818 de 1998, tales como la negociación directa, la amigable composición y el arbitraje, para resolver los conflictos que surgieran de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del mencionado contrato.

2. Reseña fáctica

2.1. Manifiesta el apoderado judicial del demandante, que el 11 de junio de 2003, la Empresa Municipal de Tuluá-EMTULUA-E.S.P y el Consorcio Interventoría de Gestión-CGI- suscribieron el Contrato N.º01 con el objeto de realizar la interventoría de gestión al contrato de arrendamiento con inversión celebrado entre EMTULUA E.S.P. y CENTROAGUAS S.A. E.S.P. para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Tuluá.

2.2. Informa que el Contrato N.º01 de 2003 se ha ejecutado, sin ningún contratiempo, por más de 11 años y que, durante este tiempo, el Consorcio ha presentado a EMTULUA E.S.P. 141 informes mensuales y 11 informes anuales, los cuales han sido aprobados por el supervisor de dicha entidad.

2.3. Refiere que en la cláusula vigésimo segunda del Contrato N.º01 de 2003 se estableció: “*CLAUSULA COMPROMISORIA. Los conflictos o controversias que se*

¹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

presenten entre las partes con relación al contrato de INTERVENTORIA DE GESTION se solucionarán, de acuerdo con el siguiente procedimiento: Solución directa de controversias: Las partes conviene utilizar mecanismos de solución directa de las controversias que puedan surgir en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato de INTERVENTORIA DE GESTION. Con tal fin, podrán acudir a cualquiera de los mecanismos de solución directa de controversias consagrados en la Ley 446/98 y el decreto 1818/98, entre los que se cuentan la negociación directa, la amigable composición o a la decisión de árbitros, con sujeción a lo previsto en dichas normas o las que las sustituyan, adicionen o reemplacen (...).”

2.4. Indica que a pesar de lo dispuesto en la anterior cláusula, el 9 de marzo de 2015, EMTULUA E.S.P., mediante Oficio N.º100-31-02-138, invocando el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011² y al considerar que se incumplió el objeto del Contrato N.º01 de 2003, citó al Consorcio Interventoría de Gestión-CGI- a una audiencia para debatir lo ocurrido.

2.5. Señala que el 17 de marzo de 2015, a las 9: 00 am, EMTULUA E.S.P. realizó la audiencia en la que formuló 4 cargos contra el Consorcio Interventoría de Gestión-CGI-, así mismo, instó al representante legal de la entidad para que se defendiera, sin antes darle traslado de las pruebas con las que se sustentaron las presuntas infracciones contractuales y legales. Agrega, que por su solicitud y la de la Aseguradora Seguros del Estado S.A. se suspendió la mencionada diligencia, pues se le advirtió a EMTULUA E.S.P. que el procedimiento que estaba adelantando, es

² “**Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

decir, el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desconocía lo estipulado por las partes, en el Contrato N.º 01 de 2003, para la solución de controversias.

2.6. Aduce que, en razón de la demora en la entrega de las pruebas y por el cruce de correspondencia que se presentó entre las partes, la mencionada audiencia se pospuso, en varias ocasiones, el 30 de marzo, el 13, 17 y el 22 de abril del 2015. Resalta que, el 5 de mayo, se reanuda la diligencia y se solicitó, nuevamente, a la entidad demandada que garantizará el debido proceso y en consecuencia, aplicará lo pactado en el Contrato N.º01 de 2003 para la solución de controversias, pues no era posible aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el caso objeto de estudio, toda vez que EMTULUA E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios con régimen especial de contratación, de derecho privado, de conformidad con la Ley 142 de 1994 y, por consiguiente, no está sometida al Estatuto General de Contratación.

2.7. Sostiene que el Gerente de EMTULUA E.S.P. negó la anterior solicitud, al considerar que el incumplimiento de un contrato no se negocia a través de la cláusula compromisoria y que el Consorcio Interventoría de Gestión-CGI- no es una empresa de servicios públicos domiciliarios. Por consiguiente, ordenó continuar con la audiencia, el 14 de mayo de 2015, fecha en la que presentará formalmente los descargos.

2.8. En ese orden de ideas, considera que con la negativa por parte de EMTULUA E.S.P. de aplicar alguno de los procedimientos pactados en la cláusula vigésima segunda del Contrato N.º01 de 2003, para la solución de la controversia, se le puede ocasionar un perjuicio irremediable y en consecuencia vulnerar sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, pues podría generarse una decisión arbitraria de terminación del contrato, a pesar de que el Consorcio Interventoría de Gestión-CGI- ha cumplido con su objeto. En consecuencia, solicita al juez de tutela, como medida provisional, suspender, de manera inmediata, todos los procedimientos que se deriven de la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y como petición de fondo, formula la consistente en que se ordene a EMTULUA E.S.P. que los cuestionamientos relativos a la ejecución del Contrato N.º01 de 2003 se discutan a través de los mecanismos estipulados por las partes en la cláusula vigésima segunda.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

José Fernando Morales García, apoderado judicial del Consorcio de Interventoría de Gestión-CIG-, los expone, en síntesis, así:

En primer lugar, refiere que la interventoría que realiza el Consorcio es una vigilancia especializada, técnica, administrativa, financiera, jurídica y comunitaria de la operación con arrendamiento e inversión que hace el operador privado CENTROAGUAS S.A. E.S.P. de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio de Tuluá.

Señala que, por la complejidad de la interventoría encargada al CIG, en el Contrato N.º01 de 2003 se pactaron los mecanismos de solución directa que se debían utilizar

en caso de que surgieran conflictos entre las partes por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato.

Indica que los mecanismos pactados por las partes, tales como, la negociación directa, la amigable composición y el arbitraje, para la solución de las controversias, son diametralmente opuestos al procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo, el Gerente de EMTULUA E.S.P. no dudó en iniciar este último en su contra con previa declaración del incumplimiento en términos no objetivos e indebidamente formulados.

Refiere que el artículo 69 de la Ley 80 de 1993 establece la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa, así: *“Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.”*

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.”

Así pues, sostiene que si les está vedado a las autoridades prohibir la estipulación en los contratos de los mecanismos de solución directa y de las cláusulas compromisorias, eso implica que también les esté prohibido desconocerlos cuando están pactados, tal y como ocurre con el Contrato N.º01 de 2003. En ese orden de ideas, EMTULUA E.S.P. tiene la obligación de aplicar los mecanismos pactados para resolver los conflictos y no puede optar por procedimientos distintos, pues violaría el debido proceso y sus decisiones serían ilegales y arbitrarias.

Aduce que EMTULUA E.S.P. por ser una empresa de servicios públicos domiciliarios, con régimen especial de contratación, no está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por consiguiente no debe aplicarle a sus contratos la Ley 80 de 1993, ni el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, con la Ley 142 de 1994 EMTULUA E.S.P. adoptó la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado, motivo por el cual se rige por su propio Estatuto de Contratación, el cual se compone por normas civiles y comerciales.

Señala que el actual Estatuto de la Contratación de EMTULUA E.S.P. es el Acuerdo 02 de 2012, expedido por su junta directiva, el cual, en su artículo 3, establece:

“Artículo 3. Marco Legal de la Contratación. Todos los contratos que celebre la empresa se regirán por las disposiciones del derecho privado, por lo dispuesto en ese Manual y por las demás normas que en materia contractual expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico dentro de la órbita de su competencia. En los aspectos no contemplados se seguirán las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, en el Código Civil y en su defecto las normas que le sean aplicables.”

Así mismo, informa que el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 establece que:

“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.” (Subraya fuera del texto original)

En ese orden de ideas, al ser EMTULUA E.S.P. una empresa dedicada a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo no está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues la Ley 142 de 1994, en el artículo 31, prevé que los contratos de las empresas de servicios públicos son de derecho privado, es decir que se rigen por disposiciones civiles y comerciales.

4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue tramitada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tuluá, despacho que a través de auto de trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) resolvió admitirla, correr traslado de la misma a la entidad demandada y vincular a CENTROAGUAS S.A. y TULUASEA S.A. para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

Así mismo, en dicha providencia, el juez de tutela negó la solicitud de medida provisional del demandante al considerar que no se probó la necesidad ni la urgencia para decretarla.

4.1. Empresas Municipales de Tuluá E.S.P.-EMTULUA-

Durante el término otorgado para el efecto, Andrés Alberto Álvarez Toro, Gerente y Representante Legal de las Empresas Municipales de Tuluá E.S.P.-EMTULUA-, solicitó al juez constitucional declarar improcedente la tutela de la referencia por falta de legitimación por activa, pues los Consorcios no son personas jurídicas y por lo tanto, no tienen capacidad para presentar este tipo de acción.

Así mismo, sostiene que el apoderado judicial del Consorcio demandante tampoco está legitimado, pues quien le otorgó el poder fue el representante legal del Consorcio y no los miembros del mismo.

Por otro lado, señala que el Contrato N.º01 de 2003 suscrito con el Consorcio Interventoría de Gestión-CGI- es un contrato estatal, toda vez que, en primer lugar, es el resultado de un proceso licitatorio, en segundo lugar, porque en los términos de referencia se estipuló que el régimen jurídico aplicable para el concurso público y

para el contrato que de él se derivara sería la Ley 80 de 1993 y las normas concordantes y reglamentarias.

Indica que el Contrato de Interventoría de Gestión suscrito con el Consorcio CGI consta de dos componentes, el primero, relacionado con el cumplimiento del objeto del contrato y, el segundo, relativo al cumplimiento de los requisitos referentes a tener el personal idóneo en su organización y pagar la seguridad social y los parafiscales de todos sus empleados. Agrega que la supervisión del Contrato N.º 01 de 2003 está a cargo de EMTULUA E.S.P.

Refiere que EMTULUA E.S.P está adelantando el proceso establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en contra del Consorcio CGI porque existen pruebas del incumplimiento por parte de dicha entidad en el pago de la seguridad social integral de sus empleados. Así mismo, advierte que no acudió a ninguno de los mecanismos establecidos en la cláusula vigésimo segunda del Contrato N.º 01 de 2003 porque la finalidad de estos es conciliar las diferencias, controversias o conflictos que se presenten en el desarrollo del mismo y como en este caso, es posible que se esté frente a un estafa de los recursos públicos del sistema de seguridad social integral, dicha situación no resulta conciliable.

De igual manera, EMTULUA E.S.P no puede conciliar el posible conflicto de interés que existe por parte de uno de los miembros del Consorcio CGI, quien, a su vez, es accionario de una empresa que es socia de CENTROAGUAS S.A. E.S.P, entidad sobre la cual el Consorcio realiza la interventoría de gestión. Así pues, EMTULUA E.S.P., en aras de evitar un detrimento patrimonial, puede adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Señala que el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha indicado que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter público deben regirse en sus Estatutos de Contratación, por los principios consagrados en la Ley 80 de 1993.

Advierte que la Ley 1474 de 2011, es posterior a los Estatutos de Contratación de EMTULUA E.S.P. por consiguiente, de conformidad con la Ley 57 de 1887, el nuevo Estatuto Anticorrupción se convirtió en una ley reformativa y derogatoria de los Estatutos de EMTULUA E.S.P. en lo que la contrarié, tal como ocurre con el procedimiento del artículo 86, pues si bien este no se prevé en los Estatutos de la empresa, goza de toda aplicación legal.

Indica que EMTULUA E.S.P. es una empresa prestadora de servicios públicos de acueducto y alcantarillado de carácter oficial, en esa medida, cuando desarrolla su objeto, en competencia con otras empresas del sector, debe aplicar el derecho privado, pero cuando lo hace para desarrollar otro tipo de servicios, como por ejemplo, un contrato de interventoría se debe aplicar el derecho público.

Considera que la relación que EMTULUA E.S.P tiene con CENTROAGUAS S.A. no es la misma que existe con el Consorcio de Interventoría de Gestión- CGI-, pues los interventores de una entidad pública son particulares que ejercen funciones públicas transitorias, en consecuencia, la ley aplicable no es la 142 de 1994 “*Por la*

cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, sino la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

Refiere que EMTULUA E.S.P no ha vulnerado el derecho al debido proceso del Consorcio CGI en el trámite del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474, pues siempre ha puesto a su disposición las pruebas y los documentos requeridos. Así mismo, ha aplazado la audiencia, en varias oportunidades, para resolver las solicitudes del Consorcio. Sin embargo, el Consorcio CGI nunca ha rendido los descargos.

Finalmente, manifiesta que el único interés de la Gerencia de EMTULUÁ E.S.P. es la defensa del interés público involucrado en el Contrato N.º01 de 2003, pues este mensualmente cuesta \$ 48'.400.717, es por ello, que el Contratante debe conocer el perfil de los miembros de la interventoría ya que, de conformidad con lo señalado en los términos de referencia, el personal de CGI debe cumplir con ciertos requisitos profesionales y de experiencia laboral, los cuales, al parecer, no se están cumpliendo.

4.2. CENTROAGUAS S.A. E.S.P.

María Alejandra Pacheco Rosero, apoderada judicial de CENTRO AGUAS S.A. E.S.P., solicita al juez de tutela desvincular a la entidad del trámite de la referencia, toda vez que no son parte del Contrato N.º01 de 2003.

4.3. TULUASEO S.A. E.S.P.

Héctor Giraldo Ávila, Gerente General y Representante Legal de la empresa, indica que los hechos expuestos por el Consorcio de Interventoría de Gestión son completamente ajenos a la empresa que representa, por consiguiente solicita al juez de tutela desvincular a la entidad del trámite de la referencia.

5. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

- Poder especial otorgado por el representante legal del Consorcio Interventoría de Gestión al abogado José Fernando Morales García para presentar la acción de tutela de la referencia (folio 31).
- Copia del documento por medio del cual se constituyó el Consorcio Interventoría de Gestión (folios 32 a 33).
- Copia del Contrato N.º01 de 2003 suscrito entre EMTULUA E.S.P. y el Consorcio-CBI- (folios 34 a 52).
- Copia de las Actas e Informes de Supervisión presentados por el Consorcio CBI en los años 2012, 2013, 2014 (folios 54 a 123).

- Copia del Oficio N.º 100-31-02-138 de 9 de marzo de 2015 suscrito por el Gerente de EMTULUA E.S.P. (folios 125 a 131).
- Copia de los Acuerdos 05 de 1999, Acuerdo 01 de 2005, Acuerdo 02 de 2012 expedidos por la Junta Directiva de EMTULUA E.S.P. (folios 133 a 215).
- Copia del Acta de la Audiencia celebrada el 17 de marzo de 2015 por EMTULUA E.S.P. (folios 217 a 219).
- Copia de varios oficios suscritos por EMTULUA E.S.P. y el Consorcio CBI (folios 222 a 318).
- Copia de los términos de referencia establecidos para el concurso público N.º 001 de 2003 por EMTULUA E.S.P. (folios 345 a 389).
- Copia de los informes de revisión realizados por EMTULUA E.S.P. al contrato N.º 01 de 2003 (folios 390 a 545.)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia

El Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tuluá, mediante providencia de veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), denegó por improcedente el amparo invocado al considerar que en el caso objeto de estudio el Consorcio demandante cuenta con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos. Así mismo, al advertir que no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En desacuerdo con lo anterior, el apoderado judicial del accionante presentó el recurso de apelación.

2. Segunda Instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, mediante providencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), revocó la sentencia impugnada y, en su lugar, ordenó a EMTULUA S.A. E.S.P. suspender el proceso que adelanta en contra del Consorcio de Interventoría de Gestión CGI, reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por un término de 4 meses. Así mismo, ordenó al Consorcio CGI iniciar el procedimiento adecuado para la resolución de esta clase de controversias contractuales y remitir al despacho copia de la demanda presentada y del auto admisorio de la misma, en un término inferior a 4 meses, so pena de dejar sin efecto la suspensión decretada. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que en el asunto de la referencia, no solo están en juego los derechos fundamentales del Consorcio CGI sino los de toda la ciudadanía tuluëña, toda vez que la controversia se presenta sobre el contrato de interventoría firmado entre EMTULUA S.A. E.S.P y CGI cuyo objeto es la vigilancia del contrato suscrito entre EMTULUA S.A. E.S.P. y CENTROAGUAS S.A. E.S.P. para la financiación,

operación, administración y el mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado del municipio de Tuluá. En ese orden de ideas, si por el procedimiento adelantado se llegara a imponer una sanción al Consorcio CGI el contrato en el que se ve inmiscuido el servicio público de agua potable de Tuluá quedaría sin vigilancia. Así mismo, se pondría en riesgo el presupuesto económico de los tulueños.

2.1. Solicitud de Aclaración del Fallo

José Fernando Morales García, apoderado judicial del Consorcio Interventoría de Gestión, solicitó la aclaración de la sentencia de 26 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, dentro del trámite de la referencia, al advertir que no depende de su voluntad sino de la autoridad judicial que la correspondiente demanda sea admitida en el término de 4 meses, por lo cual de llegar a superarse este término sin la admisión de la misma se levantaría la suspensión de la medida.

El 8 de julio de 2015, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá señaló que la intensión del Despacho con la solicitud del auto admisorio de la demanda es la de imprimírle celeridad a la realización de la misma por parte del accionante, pues considera que el término concedido es un tiempo prudencial para que la demanda se haya admitido, de todas formas, indicó que en el eventual caso de que transcurridos los cuatro meses otorgados no se hubiese logrado la admisión de la demanda, el accionante podrá informar dicha situación al despacho a través de un escrito motivado y el despacho resolverá lo que a bien tenga lugar en dicho momento.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala de Revisión determinar, si la acción de tutela es procedente para resolver la controversia contractual planteada. Si la Sala encuentra que la acción de amparo resulta procedente, pasará a definir, si EMTULUA S.A. E.S.P. vulneró el derecho fundamental al debido proceso del Consorcio demandante al iniciar, en su contra, el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A efecto de resolver la cuestión planteada, previamente, la Sala de Revisión realizará un análisis jurisprudencial sobre (i) la capacidad jurídica de los consorcios para comparecer como parte en los procesos judiciales, (ii) el principio de subsidiariedad

de la acción de tutela (iii) la improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales y, (iv) el derecho al debido proceso administrativo.

3. La capacidad jurídica de los consorcios para comparecer como parte en los procesos judiciales

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 25 de septiembre de 2013, Expediente N.º19.993, señaló :

“Si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas - comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo -legitimatío ad processum-, por intermedio de su representante. (...)”
(Subraya fuera del texto Original)

Así mismo, cabe señalar que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, le atribuyó a los Consorcios la capacidad para celebrar contratos con las entidades estatales. En relación con dicha disposición la Corte Constitucional, en Sentencia C-414 de 1994, sostuvo:

“Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del "joint venture" del derecho americano o al "paternish" de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica. “En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. (...)”

Con relativa frecuencia en el derecho tributario se encuentran sujetos que no encuadran con exactitud en la noción de persona, y sin embargo pueden ser responsables de obligaciones tributarias. Es así como la ley eleva a la condición de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos "entes" colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, como las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros. “La identificación de los sujetos tributarios, en los casos señalados, surge por razón de los fines de sus actividades, objetivamente consideradas y de la relativa autonomía funcional con que operan. La ausencia de personería, por lo mismo, no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales pasivos del tributo. (...)”

De los contenidos de la ley 80 resultan confirmadas las aseveraciones precedentes. El artículo 60. autoriza para contratar con las entidades estatales a "... las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes". De igual modo señala que, "también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales". "En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales. (...)

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica. (...) "Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales."

De conformidad con lo anterior, la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, sine qua non, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

Así las cosas, los Consorcios son titulares de derechos fundamentales como el debido proceso y, en consecuencia, se encuentran legitimados para ejercer la acción de tutela en procura de su efectiva protección cuando resulte amenazado o conculcado frente a actuaciones judiciales o administrativas, dimensiones en las que, con idéntico rigor, se impone la estricta observancia del aludido derecho fundamental, en todos los aspectos que según la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina involucra y conlleva.

4. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

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

Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado en innumerables pronunciamientos, que aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter

subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

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

Sobre el punto, ha dicho la Corte:

“[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”³ (Subraya fuera del texto original).

Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar *“una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”*⁴, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario

³ T-451 de 2010.

⁴ T-608 de 2008.

de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

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

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

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

Al respecto, la jurisprudencia *“ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.”*⁵

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

⁵ T-494 de 2010.

“(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.⁶

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

“No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.⁷

En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho la Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el

⁶ T-451 de 2010.

⁷ T-590 de 2013.

*derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”.*⁸ Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.

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

5. Improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con los lineamientos trazados respecto al principio de subsidiariedad, existe una reiterada jurisprudencia de esta Corporación en torno a la improcedencia de la acción de tutela para debatir asuntos de naturaleza contractual. Tal postura puede remontarse a la sentencia T-594 de 1992⁹ en la que se sostuvo:

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

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

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

“(...) las controversias contractuales que carecen de inmediata relevancia iusfundamental, es decir, aquellas en las cuales no están implicados derechos fundamentales, por el contrario, cuando en el marco de un disputa de carácter contractual están en juego garantías y derechos reconocidos por la

⁸ T-003 de 1992.

⁹ M.P. Fabio Morón Díaz.

Constitución, no se puede excluir prima facie la procedencia de la acción de tutela, pues en este caso corresponderá al juez constitucional apreciar la naturaleza de la amenaza o vulneración de los derechos y decidir si existen o no medio ordinarios de defensa judicial que tengan la eficacia del mecanismo constitucional, o si existe un inminente perjuicio irremediable”.

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

Esta tesis también tiene antecedente temprano en la sentencia T-189 de 1993¹⁰. En ésta oportunidad, la Corte Constitucional respecto a la improcedencia de la acción de tutela para resolver asuntos contractuales, señaló que en principio, el reconocimiento y protección de derechos cuya fuente no provenga de la Constitución sino de la ley o de un contrato, no son materia de la jurisdicción constitucional sino de la legal, salvo que el no reconocimiento de la garantía de rango legal y/o contractual vulnere o amenace un derecho de carácter fundamental, situación en la que habilita la intervención del juez de tutela así sea de manera transitoria. Expresamente se manifestó en dicho fallo que:

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

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

En cuanto a su estructura, existen derechos consagrados en la ley que son desarrollo de derechos constitucionales y cuyo no reconocimiento oportuno puede implicar la vulneración de estos últimos. Es, por ejemplo, el caso de la no prestación del servicio de salud en circunstancias de necesidad manifiesta que deviene en vulneración o amenaza del derecho a la vida. Otros derechos legales dependen para su reconocimiento de la resolución de cuestiones litigiosas, como sucede en materia contractual, en donde se debate la existencia de obligaciones derivadas de una relación jurídica de carácter privado, situación en principio ajena a la materia constitucional al disponer el afectado de los medios ordinarios de defensa judicial. Además, no basta aseverar el desconocimiento de un derecho legal para concluir la procedencia de la acción de tutela. En suma, es necesario que se demuestre una conexidad directa e inmediata entre el no reconocimiento del derecho legal y la consiguiente

¹⁰ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

vulneración de derechos fundamentales”.

Posteriormente, en sentencia T-231 de 1996¹¹, este Tribunal, al revisar una controversia sobre un contrato de suministro celebrado entre la sociedad Provisiones e Inversiones Ltda. y la empresa industrial y comercial del Estado Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A., en el que se presentaron conflictos entre las partes alrededor de: i) la calidad y la cantidad del carbón proporcionado, ii) el nombramiento y las atribuciones del interventor del contrato, iii) la selección de un laboratorio que rindiera un peritaje sobre el mismo carbón, y iv) la imposición de descuentos y multas por parte del contratante al contratista, manifestó, en cuanto al tema de si la acción de tutela resulta procedente para resolver las discrepancias en materia contractual, que:

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

(…)

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

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

En esta sentencia, la Corporación concluyó que “(…) la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para ventilar los conflictos presentados en torno al referido contrato de suministro de carbón, pues ésta sólo procede cuando no existe otro medio idóneo y efectivo de defensa judicial, situación que no se presenta en el caso, como quiera que a través de la mencionada acción contractual se puede no sólo determinar cuál de las partes no cumplió con sus obligaciones, sino también precisar lo relacionado con indemnizaciones y con otras declaraciones o condenas”, por lo que declaró improcedente el amparo solicitado.

Dentro de este contexto, la Corporación en la sentencia T-1341 de 2001¹²sostuvo:

¹¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² M.P. Álvaro Tafur Galvis.

“Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal. La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

(...) no era procedente la acción de tutela ni el respectivo amparo transitorio otorgado por el juez de tutela con el propósito de proteger a la sociedad contratista de los daños que se le hubiesen podido causar en sus bienes morales y materiales por la terminación unilateral del contrato de consultoría, pues la conducta que podía generar esos daños se concretó en el acto expedido por la Administración Distrital para dar por finalizado el contrato. De esta manera, la controversia por la objeción existente frente al contenido de ese acto administrativo (Resoluciones Nos. 0118/01 y 0132/01) contaba con una instancia y procedimiento eficaz e idóneo para su trámite y decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

A través de la sentencia T-241 de 2013¹³, La Corte Constitucional indicó:

“(...) acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios.

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

En síntesis, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Carta y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, ha

¹³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

entendido esta Corporación¹⁴, que cuando existen instrumentos realmente idóneos para la protección de los derechos, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige¹⁵.

Contrario sensu, es posible que en virtud de circunstancias especiales, el otro medio de defensa no se proyecte con la suficiente aptitud para salvaguardar los derechos de su titular, caso en el cual la tutela se erige como el instrumento de acción judicial¹⁶. Lo mismo ocurrirá ante la inminencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.

Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la competencia dada al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal.

Así las cosas, se tiene que cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos se deben evaluar aspectos como: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona.

¹⁴ Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-968 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-875 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-037 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁵ Ver entre otras las Sentencias T-179 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-500 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-135 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1062 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-482 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y T-418 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Sentencias T-127 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-672 de 98, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

6. El derecho al debido proceso administrativo

El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

“(…) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.¹⁷(Subraya fuera del texto original).

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.¹⁸ Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.¹⁹

¹⁷ C-980 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁸ La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativa constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, y en un escenario semejante al que debe abordarse en esta decisión, ver la sentencia C-980 de 2010.

¹⁹ En la citada sentencia C-980 de 2010, se ahonda en este aspecto: “8. A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos [García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. Ed. Cívitas S.A. Madrid 1992. Pág. 420]. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso. Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y

Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.²⁰

Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas.²¹ Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías. En la sentencia C-980 de 2010, la Corte Constitucional señaló:

“Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción”²² || 5.5. En el

flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso” “3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. || 3.3. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

²⁰ Ver, sentencias C-096 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-1114 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynnet. SPV. Clara Inés Vargas Hernández y Manuel José Cepeda Espinosa y AV. Manuel José Cepeda Espinosa), C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-012 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo) y C-016 de 2013 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

²¹ En los considerandos sucesivos, la exposición toma como fundamento, principalmente, las sentencias C-089 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-980/10 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-012 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo). Sin embargo, destaca la Sala que esas consideraciones corresponden a una doctrina pacífica, constante y uniforme sobre el alcance del debido proceso administrativo; sus relaciones y diferencias con el debido proceso judicial.

²² Sentencia T-653 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”.²³

En la sentencia C-089 de 2011,²⁴ la Corporación profundizó en algunas características del derecho fundamental al debido proceso administrativo, distinguiendo su proyección y alcance en los momentos previos y posteriores de toda actuación:

“Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las *garantías previas y posteriores* que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las *garantías mínimas previas* se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las *garantías mínimas posteriores* se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contencioso administrativa.”²⁵

²³ C-980/10. En la sentencia C-598/11 complementó la Corte: “El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas (Sentencia T-1263 de 2001). Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados” (Sentencia T-772 de 2003). Refiriéndose también al alcance específico del debido proceso administrativo, en un asunto relativo a la importancia de las notificaciones de los actos administrativos que afectan situaciones particulares y concretas, explicó la Corporación: “Específicamente, el debido proceso administrativo se consagra en los artículos 29, 6 y 209 de la C.P. Y la jurisprudencia lo ha definido como: ‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal’ (...) con dicha garantía se busca ‘(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados’. [...] el desconocimiento del debido proceso administrativo, supone también la violación del derecho de acceso a la administración de justicia y transgrede los principios de igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción que gobiernan la actividad administrativa”. [C-012 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo

²⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (Unánime). Estos fueron los problemas jurídicos estudiados: “En primer lugar, si la solidaridad por multas por infracciones de tránsito, entre el propietario y la empresa a la cual esté vinculado el vehículo automotor, contenida en el artículo 18 de la Ley 1383 de 2010, es violatoria del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior. En segundo lugar, debe resolver la Sala si la norma que dispone la reducción de las multas por infracciones de tránsito, contenida en el artículo 24 de la misma normativa, es igualmente violatoria del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional”.

²⁵ Ver sentencia C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto. AV. Jaime Araujo Rentería).

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función administrativa. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función administrativa, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, *ibídem*.²⁶ Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función administrativa.

Estas consideraciones fueron inicialmente planteadas en la sentencia C-610 de 2012²⁷ y reiteradas en la sentencia C-640 de 2002,²⁸ por su importancia, se transcriben los apartes centrales de esas decisiones, a pesar de su extensión:²⁹

“(…) podría interpretarse la demanda en el sentido que lo que el demandante quiso exponer en su censura fue que resultaba contrario al artículo 29 de la Carta que consagra el debido proceso también para las actuaciones administrativas, el que no se previeran recursos para controvertir el acto proferido por una autoridad administrativa en relación con solicitudes probatorias en el marco de una actuación de esta índole. (...) Un planteamiento de esta naturaleza debe partir de la identificación del tipo de procedimiento administrativo de que se trata (general)[22], y tomar en cuenta las específicas exigencias que plantea el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) en conjunción con los principios que rigen la función pública (Art. 209 C.P.), aspectos que claramente no se mencionan en la demanda. (...) Si bien la jurisprudencia constitucional ha

²⁶ Constitución Política. Artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. || Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

²⁷ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁹ En la sentencia C-640 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Sala Plena se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del aparte normativo demandado. En esa oportunidad, la demanda planteaba que la inexistencia de recursos contra el *auto* que negaba una solicitud de pruebas en el *procedimiento contencioso* implicaba una violación al debido proceso, en sus facetas de prueba y contradicción.

establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso, son aplicables al procedimiento administrativo (...), también ha advertido sobre las importantes diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, derivadas de las distintas finalidades que persiguen.

En este sentido ha indicado que ‘Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso’³⁰.

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (art. 29) y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (Art. 209). Al respecto la jurisprudencia de esta Corte señaló: *‘a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado*

³⁰ En la sentencia C-640 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte Constitucional estudió una demanda contra el cuarto inciso del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo de la época (Decreto Ley 01 de 1984). Este artículo disponía que “(...) los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación”. Para el actor, la norma violaba el debido proceso al no prever la notificación personal de un acto administrativo de carácter particular y concreto.

La Corte se refirió entonces con amplitud al alcance del debido proceso administrativo (Después de esos dos párrafos dijo esto: “De esta manera hay una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos: de un lado el principio del debido proceso con todas las garantías que de él se derivan y de otro los que se refieren al recto ejercicio de la función pública”). La Corte precisó que resultaba posible interpretar la disposición demandada de dos maneras. La primera, partiendo de su ubicación entre las normas del Código Contencioso Administrativo, permitía concluir que la inscripción se daría al finalizar una actuación administrativa compleja, cuyas actuaciones ya habría sido notificadas a las partes por los cauces ordinarios. Desde ese punto de vista, no ofrecía problemas de constitucionalidad, pues la notificación de las demás actuaciones permitía al interesado enterarse sobre la decisión de efectuar la inscripción de un acto en el folio de matrícula de un bien inmueble determinado. La segunda posibilidad se derivaba de una interpretación literal de la disposición, considerada aisladamente, es decir, aludía a eventos en los que –hipotéticamente– no existiera actuación administrativa previa. En tales supuestos, afirmó la Corte, debía interpretarse la norma de una manera conforme a la Constitución, asegurando que la administración asumiera la carga de informar sobre el acto a todos los interesados: “... En este caso, la Corte estima que el sólo acto de inscripción realizado por las entidades encargadas de llevar los registros públicos no se puede entender como una notificación personal y que, de cualquier manera, constituye una carga de la Administración Pública ... la de informar, mediante la comunicación de la inscripción, a todos los que en el mismo registro figuren como interesados ... aun en aquellos [casos] regulados por normas especiales, el registro como consecuencia de lo previsto en la ley, en sentencias o providencias judiciales, en otros actos jurídicos o hechos susceptibles de registro conlleva, al momento de realizarse, una carga para la autoridad que hace la inscripción consistente en informar a los que figuren en el registro como personas interesadas o que puedan ser afectadas por dicho registro.” (C-640 de 2002).

*final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.*³¹

De lo expuesto, es posible concluir que (i) el debido proceso se desarrolla a partir del conjunto de exigencias y condiciones previstas por la ley para adelantar un procedimiento administrativo y judicial; (ii) está provisto de garantías mínima definidas en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, las cuales deben ser observadas por el Legislador al regular cada procedimiento; (iii) la extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero (iv), a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3° del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión pasa al análisis del caso concreto.

7. Análisis del caso concreto

En el caso objeto de estudio, se advierte que el Consorcio de Interventoría de Gestión-CIG-, acude a la acción de tutela, mediante apoderado judicial, con el fin de que sea suspendido el proceso adelantado en su contra, con base en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por EMTULUA S.A. E.S.P., pues considera que vulnera su derecho fundamental al debido proceso y a la defensa, al desconocer la cláusula compromisoria pactada en el Contrato N.º 01 de 2003 y, según la cual, las partes acudirían a los mecanismos consagrados en la Ley 446 de 1998 y en el Decreto 1818 de 1998, tales como la negociación directa, la amigable composición o el arbitraje, para solucionar los conflictos que surgieran de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del mencionado contrato. En ese orden de ideas corresponde a la Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si la acción de tutela era procedente para solicitar el amparo invocado.

³¹ *Ibidem.*

La Constitución Política, en su artículo 86, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, diseñado para la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos se amenacen o vulneren por la acción u omisión de las autoridades públicas, o excepcionalmente de los particulares. Este medio judicial se caracteriza por ser subsidiario y residual, lo que significa que, frente a un caso concreto, procederá como medio de protección de los derechos fundamentales, siempre que no exista un mecanismo de defensa judicial, o que existiendo, no sea eficaz o idóneo para obtener el amparo solicitado. De igual manera, saldrá avante si se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable³².

En ese orden de ideas, considera la Sala que el consorcio demandante contaba con mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, pues en el eventual caso de que EMTULUA E.S.P. hubiere proferido una decisión contraria, el demandante habría podido instaurar el medio de control que considerara conveniente contra dicho acto administrativo lo que, en principio, torna en improcedente el amparo invocado.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que la acción de amparo se presentó como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pasa la Sala a estudiar si dicho perjuicio existió.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha señalado que la acción de amparo solo podrá convertirse en un mecanismo alternativo y sustitutivo de los diversos procedimientos judiciales, cuando se advierta la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que requiera de la adopción de medidas inmediatas para restablecer los derechos vulnerados o amenazados³³.

Tal y como atrás se reseñó, la estructura del perjuicio irremediable está determinada por el cumplimiento concurrente de varios elementos como son: 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 efectiva e inmediata de los derechos fundamentales.

Observa la Sala que en el caso objeto de estudio, el Consorcio demandante no explica, siquiera sumariamente, en qué consiste tal perjuicio, como tampoco por qué se encuentra en una situación de indefensión, ni da cuenta de las razones por las cuales considera que los medios de defensa judicial ordinarios son insuficientes para cuestionar la actuación adelantada.

Aunque la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la prueba sobre la existencia del perjuicio irremediable no está sometida a rigurosos formalismos o términos sacramentales, sí ha exigido un mínimo de diligencia del afectado, en el sentido de que indique, por lo menos, las circunstancias que permitan al juzgador comprobar su configuración, punto sobre el cual el actor en el presente caso guardó silencio.

³² T-355 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Con base en los anteriores criterios y una vez revisada la situación fáctica y jurídica del asunto puesto en conocimiento de esta Sala, se obtiene que la disputa trabada entre las partes del proceso de tutela, las cuales, a su vez, son partes de una relación contractual, se encuadra dentro de la definición de las obligaciones que por la autonomía de la voluntad fueron convenidas por ellas pero que, en este momento, presentan un desacuerdo para su cumplimiento.

Así las cosas, el juez de tutela no puede convertirse en el juez del contrato, en la medida en que carece de competencia para resolver el conflicto planteado en el ámbito puramente legal, esto es, en relación con la “interpretación y aplicación de la ley contractual”, pues sus atribuciones constitucionales, sin lugar a dudas, se concretan en la protección de los derechos fundamentales (C.P. arts. 86 y 241), asumiendo, en consecuencia, el rol de juez de los derechos.

En conclusión, para la Sala no se evidencia prueba alguna que demuestre la concurrencia de los presupuestos de procedencia de la acción de tutela en asuntos meramente contractuales, razón por la que se declarara improcedente el amparo deprecado.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Revisión concluye que para el caso concreto, la acción de tutela resulta improcedente, pues, no cumple con el requisito de subsidiariedad, en consecuencia, revocará el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, mediante providencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), dentro del Expediente T- 5.138.445 y en su lugar, declarará improcedente el amparo invocado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, mediante providencia proferida, el veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), dentro del Expediente T- 5.138.445. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo invocado.

SEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General