

Sentencia T-796/06

CONTRATO DE CONCESION-Liquidación unilateral del contrato desconoció derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

ACCION DE TUTELA-Procedencia frente a acto administrativo cuando vulneran derechos fundamentales

Para la corrección de ciertos actos de la administración que vulneran derechos fundamentales, no siempre es preciso que los afectados acudan a la vía del juez contencioso, pues en ocasiones es pertinente la intervención del juez de tutela, para que mediante el trámite sumario de esta acción cese la vulneración, como ocurre por ejemplo, cuando la administración no motiva un acto teniendo la obligación de hacerlo, pues con ello se impide al ciudadano conocer las causas de una decisión y se le obliga, para reclamar la nulidad, a extraerlas de su imaginación, lo que a todas luces supone una carga irrazonable y desproporcionada. Es por ello que la Corte ha ordenado la motivación de ciertos actos administrativos, a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa. Si lo que se busca mediante la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales de las personas, que han sido vulnerados por las autoridades en trámites y procedimientos que no abordan el análisis material o de fondo del caso concreto, no parece idóneo que los administrados se vean obligados a soportar el proceso dispendioso de la vía contenciosa para obtener la protección de sus derechos fundamentales. Es en este evento que el factor de temporalidad cobra especial relevancia, pues obligar al ciudadano a poner en movimiento el andamiaje judicial y tener que esperar varios años no resulta razonable cuando lo que se debate no es una cuestión de fondo.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Contenido

El derecho al debido proceso administrativo es 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. El objeto de esta garantía superior es entonces (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. Este derecho 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. 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 estos privilegios con los derechos fundamentales de los asociados.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Desarrollo del principio de legalidad y límite al ejercicio del poder político

Siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas.

DICTAMEN PERICIAL-Concepto

El dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva.

PRUEBA PERICIAL-Naturaleza jurídica

DICTAMEN PERICIAL-Caso en que no pudo objetarse dictamen en que se basó liquidación de contrato y se vulneraron derechos fundamentales

La naturaleza jurídica de la prueba pericial puede ser catalogada en dos posturas: a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos. b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso.

Referencia: expediente T-1330716

Acción de tutela instaurada por las Sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y NILSON PINILLA PINILLA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por las Sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. contra el Instituto Nacional de Vías – Invías.

I. ANTECEDENTES.

Los señores Alfredo Tcherassi Guzmán y Jorge Navarro Reyes, en calidad de representantes legales de las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A., respectivamente, según certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla (folios 161 y 213 del cuaderno de primera instancia), interponen acción de tutela contra el Instituto Nacional de Vías – Invías-, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos al debido proceso y a la igualdad, en el trámite de liquidación unilateral del contrato de concesión suscrito por la sociedad concesionaria de la que hacían parte e Ivías. Para fundamentar su petición exponen los siguientes

1. Hechos.

Manifiestan que 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.

Afirman que 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.

Señalan que INVÍAS 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.

Comentan que el Contrato 388/97 se ejecutó por cerca de tres años hasta que INVÍAS lo dio por terminado mediante declaratoria de caducidad (respecto a esta determinación se profirieron las resoluciones 2282/00, 4260/00, 6143/01 y 07/02).

Dicen que culminado el contrato de concesión debido a la firmeza de las resoluciones de declaratoria de caducidad, se inició el proceso de liquidación unilateral del contrato 388/97, la cual se encuentra contenida en las resoluciones 3088 y 3197 de 2002 y 5435 de 2005.

Aseguran que para la fecha en que se profirió la primera de las resoluciones, esta no se aplicaba a las sociedades demandantes, como quiera que existía una orden de tutela que las excluía de los efectos de la caducidad del contrato. Pero como dicha ordenación fue revocada por la Corte Constitucional (sentencia SU-1070 de 2003), el Instituto Nacional de Vías procedió a notificarle las resoluciones 3088 y 3197 de 2002 que liquidaron unilateralmente el contrato. Indican al respecto lo siguiente:

“Cabe agregar que para aquel entonces ya estaba en marcha el trámite de los múltiples recursos de reposición que contra esa misma resolución 3088/02 habían interpuesto todos los afectados, a excepción de las dos sociedades aquí demandantes.

Notificadas, entonces, éstas dos sociedades, interpusieron en tiempo su recurso de reposición en escrito de fecha junio 3/05, oportunidad para la cual se encontraba bastante avanzado el trámite administrativo originado a raíz de los otros recursos de reposición interpuestos contra la misma resolución por todas las sociedades que se notificaron en el año 2002.

Por ello, y “en aras de salvaguardar el debido proceso ... de las compañías” Castro y Equipo, el Invías profirió su resolución 3601 de

2005 en las que dispuso correrle traslado a esas compañías del “material probatorio existente en el expediente” relativo a los anotados recursos de reposición contra la resolución 3088/02, que en concreto consistía en los dos dictámenes periciales allí practicados, así:

a) un primer dictamen, a los doctores John Jairo Duque y Federico Restrepo; y

b) un segundo dictamen elaborado por los señores Jaime Alfonso Rodas y Antonio José Flórez, en prueba de la objeción por error grave presentada por las primeras sociedades en ser notificadas contra aquel primer dictamen”.

Aducen que al mismo tiempo que se les corrió traslado del informe efectuado por los peritos, se les dio traslado del dictamen emitido con ocasión de la objeción por error grave impetrada por las otras sociedades intervinientes, por lo que le solicitaron al Invías sólo diera traslado del primer dictamen, no de la objeción al mismo, e igualmente solicitaron se aclarara y adicionara.

Manifiestan que el Instituto Nacional de Vías negó la reposición impetrada pero aceptó la solicitud de aclaración ordenándoles a los peritos que respondieran la complementación solicitada, a la cual estos se negaron bajo el argumento de que ya se habían pronunciado sobre el particular en el año 2003, es decir, cuando los representantes legales de las sociedades Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A. no intervenían en dicha actuación administrativa.

Dicen que el Invías no les dio traslado *“a semejante modo de responder la orden de complementación, o mejor, su desatención...”*, señalando que *“si a las demandantes se les responde la complementación ordenada a los peritos, y de ellas se les corre traslado, hubieran estado en tiempo para objetarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238-4 del C.P.C.”*.

En ese orden, consideran que se quedaron sin la oportunidad de cuestionar el dictamen pericial del que se les había corrido traslado, además de que los segundos peritos sostienen que en el primer dictamen no se incurrió en error grave, *“a pesar de lo cual redujeron el monto de la liquidación en contra de Commsa y de sus sociedades socias de 54 mil millones a 24 mil millones de pesos”*.

Aducen en cuanto hasta lo ahora mencionado, que *“las sociedades demandantes se quedaron sin la posibilidad de cuestionar el dictamen pericial del que se nos dio traslado “en aras de salvaguardar el debido proceso”, pues para entonces ya estaba como en una especie de ejecutoriado, y de esa manera el expediente quedó huérfano de aspectos que hoy, ya liquidado el contrato, resultan fundamentales y que, de haberse conocido, el resultado de esa misma liquidación necesariamente hubiera sido otro, pues, por ejemplo,*

no se supo con base en qué parámetros lo liquidaron, siendo que el contrato de concesión 388/97 no los estableció, ni las partes se pusieron de acuerdo a ese respecto”.

Aseveran que se les vulnera el debido proceso al impedir que objetaran la prueba pericial habida, antes de su ingreso a la actuación administrativa de liquidación unilateral del contrato de concesión, con lo cual cercenó la oportunidad de llegar a un resultado aritmético distinto al que llegó INVIAS en su liquidación unilateral.

Les resulta también inaceptable el argumento de que como dos años atrás, en el 2003, los peritos habían respondido cuestionario semejante, no tenía sentido que ahora se pronunciaran sobre la ampliación ordenada, pues en ese entonces las demandantes no eran parte de esa actuación administrativa.

Asimismo, consideran que el derecho a la igualdad les fue desconocido frente a las demás sociedades accionistas de Commsa, *“pues dentro de la misma actuación administrativa dio tratamiento distinto en materia de pruebas a uno y otro grupo”*, pues a las sociedades demandantes *“no le permitió la oportunidad de objetar el dictamen pericial del cual le había corrido expreso traslado, como sí ocurrió con aquel otro grupo [las sociedades accionistas]”*.

Solicitan en consecuencia que *“se deje sin valor ni efecto alguno la Resolución 5435 de 2005 del Director General del Instituto Nacional de Vías, mediante la cual decidió el recurso de reposición interpuesto por las sociedades demandantes contra las resoluciones 3088 y 3197 de 2002 y liquidó unilateralmente el contrato de concesión 388/97, hasta tanto se tramite su propia orden de aclaración y complementación del dictamen pericial contenida en el oficio N° 35938 de octubre 5 de 2005 y, como consecuencia de ello, se le otorgue a dichas sociedades la plena oportunidad de cuestionar la prueba, si así lo estiman pertinente, en cuyo caso los nuevos peritos deberán ser ajenos a la actuación administrativa y a las partes y sólo así, y como consecuencia de ello, produzca nuevo acto administrativo que liquide unilateralmente dicho contrato de concesión y responda el anotado recurso de reposición por ellas interpuesto”*. Igualmente, *“y a fin de evitar que la liquidación del mismo contrato de concesión eventualmente arroje valores distintos para unos y otros interesados, se deje sin valor y efecto alguno la totalidad de la resolución 5435 de 2005, frente a todos los implicados en ella, hasta tanto el Invias de cumplimiento a lo dispuesto en el punto precedente”*.

Por último, señalan que *“Las sociedades demandantes si cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos, que sería la acción de nulidad y restablecimiento contra la resolución 5435/05. Sin embargo, el objeto de esa acción resulta diferente al que aquí se persigue, que es reconstruir la vía gubernativa antes de acudir a la contenciosa. No obstante, para el caso de que se entienda de manera distinta, ruego tramitar esta acción de tutela como mecanismo transitorio. En tal evento, el perjuicio*

irremediable consistiría en la inminencia de los embargos que con base en dicha resolución podría pedir el Invías, cuyo daño solo sería resarcible mediante las correspondientes indemnización (sic) a su cargo”.

2. Trámite Procesal.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante Auto de diciembre 15 de 2005, avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó correr traslado de la demanda al Instituto Nacional de Vías – Bogotá- y a la Territorial Barranquilla de la misma institución por un término de dos días.

Asimismo, el Juzgado ordenó vincular como tercero con interés a la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. – Commsa S.A.

A la demanda sólo dio contestación la entidad accionada.

2.1. Respuesta del Instituto Nacional de Vías – Invías.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Invías, dio contestación a la acción de tutela, solicitando se desestime por improcedente. En su escrito el mencionado funcionario expresa que en virtud de la declaratoria de caducidad del contrato de concesión 388 de 1997, se ordenó su liquidación, la que se plasmó en las resoluciones 03088 de julio 25 de 2002 y 03197 de julio 30 de 2002, las cuales fueron objeto de recurso por parte de Commsa y las sociedades accionistas.

Recuerda que por lo ordenado en un fallo de tutela, Invías se abstuvo de aplicar los efectos de la caducidad del contrato a las sociedades ahora accionantes, hasta cuando la Corte Constitucional revocó la mencionada providencia (SU-1070 de 2003) por lo que el trámite se reanudó el 27 de mayo de 2005, notificando las resoluciones de liquidación por edicto a las sociedades Equipos Universal S.A. y Castro Tcherassi S.A., ante la imposibilidad de llevarlo a cabo de manera personal.

Dice que una vez notificadas dichas sociedades, estas interpusieron recursos de reposición. Invías, en procura de garantizar el debido proceso, les corrió traslado de los dictámenes periciales y de todo el material probatorio que obraba en el expediente a través de la resolución 03601 de agosto 05 de 2005, frente a lo cual el apoderado de las sociedades allegó dos solicitudes, la primera a través del escrito radicado el 09 de agosto de 2005 en el que interpuso recurso de reposición contra esta última resolución, el cual fue rechazado por dirigirse contra un acto de trámite, y la segunda solicitud, radicada en la misma fecha, pidiendo que los peritos Federico Restrepo Posada y John Jairo Duque García aclararan y adicionaran el dictamen pericial.

Asevera que Invías no solamente corrió traslado del dictamen pericial sino de todo el material probatorio que obraba en el expediente, dado que estas

sociedades no habían actuado dentro del mismo en razón a la orden impartida por el juez de tutela y revocada por la Corte Constitucional.

Manifiesta que la solicitud de adición y aclaración del dictamen pericial es la misma hecha por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A., razón por la cual los peritos respondieron que sobre los mismos aspectos ya habían emitido dictamen el 29 de mayo de 2003, no pronunciándose nuevamente sobre lo mismo.

Asegura que las sociedades demandantes no pueden alegar la vulneración de sus derechos fundamentales cuando su apoderado fue quien se limitó a repetir las observaciones elevadas por las otras sociedades al momento en que se les corrió traslado del dictamen pericial, conociendo de antemano la respuesta dada por los peritos a las mismas. Por lo que considera que era deber de la administración continuar con el trámite.

Considera que no existió vulneración del derecho a la igualdad, pues se les dio traslado de todo el material probatorio existente, contaron con muchas garantías al conocer anticipadamente las preguntas efectuadas por las otras sociedades, al igual que las respuestas dadas a las mismas por los peritos, sin que hubiesen desarrollado otras posibilidades de objeción, siendo ello así lo que se trata es de dilatar la actuación de la administración pública.

Concluye afirmando que las sociedades demandantes cuentan con otros medios de defensa judicial a los cuales puede acudir en defensa de sus derechos.

3. Pruebas que obran en el expediente.

A continuación se relaciona el material probatorio que obra en el expediente:

- Copia de la resolución N° 3088 de julio 25 de 2002 *“Por la cual se liquida unilateralmente el contrato de Concesión N° 0388 de 1997”* proferida por la Directora General de Inviás (folios 98 a 140 del cuaderno de primera instancia).
- Copia de la resolución N° 3197 de julio 31 de 2002 *“Por la cual se modifica y complementa la Resolución N° 003088 del 25 de julio de 2002”* proferida por la Directora General de Inviás (folios 96 y 97 del cuaderno de primera instancia).
- Copia del recurso de reposición interpuesto el 03 de junio de 2005 por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A. contra las resoluciones 3088 y 3197 de 2002 (folios 150 a 157 del cuaderno de primera instancia).
- Copia de la resolución N° 3601 de agosto 05 de 2005 *“Por la cual se corre traslado de los Dictámenes Periciales y otras pruebas a las empresas*

Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. dentro del trámite de liquidación unilateral del contrato de Concesión 0388-97” proferida por el Director General de Inviás (folios 141 y 142 del cuaderno de primera instancia).

- Copia del recurso de reposición interpuesto el 9 de agosto de 2005 por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A. contra la Resolución 03601 de agosto 5 de 2005 (folio 147 del cuaderno de primera instancia).
- Copia de la solicitud presentada el 9 de agosto de 2005 por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A. al Inviás, para que *“los señores peritos se sirvan aclarar y adicionar su dictamen del cual se me ha corrido traslado mediante resolución 003601 de fecha 5 de agosto del año en curso”* (contiene un cuestionario de 19 preguntas) (folios 143 a 146 del cuaderno de primera instancia).
- Copia del cuestionario elevado el 9 de abril de 2003 por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A., en el que solicitan al Inviás aclaración y complementación al dictamen pericial (folios 191 a 193 del cuaderno de primera instancia).
- Copia de la resolución N° 5435 de 2005 *“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las siguientes sociedades: Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. –Commsa, Sacyr S.A., Banco Santander Central Hispano, ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A., ACS Colombia S.A., Cano Jiménez Estudios & Construcciones S.A., Gercón S.A., Concesionaria Wackenhut de Colombia S.A., Wackenhut de Colombia S.A., Castro Tcherassi S.A. (antes Castro y Cía. Ltda.), Equipo Universal S.A. (antes Equipo Universal y Cía. Ltda.), Banestado S.A., Sociedad Fiduciaria Industrial S.A., FiduiFi, Instituto de Fomento Industrial –IFI, A.I.G. Colombia Seguros Generales (antes Interamericana Compañía de Seguros), BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A., Compañía Mundial de Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros, contra las Resoluciones N° 3088 del 25 de julio de 2002 y N° 3197 del 31 de julio de 2002, por medio de las cuales el Instituto Nacional de Vías, en adelante el INVÍAS, liquidó de forma unilateral el Contrato de Concesión N° 0388 de 1997”* proferida por el Director General de Inviás (folios 14 a 95 del cuaderno de primera instancia).
- Certificados de existencia y representación legal de las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A., expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla (folios 161 a 170 del cuaderno de primera instancia).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de enero 16 de 2006, decidió conceder el amparo solicitado tras considerar que el Invías al proceder en la forma como lo hizo, impidió que las sociedades accionantes pudieran objetar el dictamen de aclaración tal como lo permite el numeral 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, normatividad que aduce se aplica al caso. Señaló al respecto:

“... teniendo en cuenta que INVÍAS aceptó como aclaración la respuesta que dieron los peritos el 14 de octubre de 2005, debió proceder de conformidad al numeral 4 del artículo 238 del C.P.C., circunstancia esta que vulnera su derecho a la defensa y contradicción. Pues sino estaría como lo viene diciendo la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia “simplemente están garantizando en forma formal el derecho a la defensa pero no de manera material” porque si bien es cierto que INVÍAS le garantiza el derecho a la defensa, al ordenar el traslado de las pruebas habida en el proceso liquidatorio, y admite que se aclare el dictamen y ordena que sean los peritos ANTONIO FLOREZ y JAIME RODAS que lo hagan; pero al considerar estos que las preguntas formuladas ya fueron absueltas en el proceso mediante dictamen de mayo 29 de 2003, de esto se debió poner en conocimiento de los actores, conforme lo indica la norma antes transcrita. Y no entrar a resolver el recurso de reposición.

Es decir, en vez de continuar con el trámite previsto en el artículo 238 del C.P.C. numeral 4, a fin de garantizar el debido proceso, derecho de defensa y contradicción decidió resolver el recurso de reposición; circunstancia que cercenó los derechos fundamentales antes citados”.

Conforme a estos argumentos, tuteló los derechos al debido proceso y a la defensa, ordenando al Invías que dentro del término de 48 horas “deje sin efecto la resolución N° 05435 del 28 de octubre de 2005 y dé el trámite previsto en el artículo 238 numeral 4 del C.P.C. para que adecue el procedimiento a lo legalmente previsto”.

2. Impugnaciones.

Luego de proferido el fallo de primera instancia, mediante oficio de enero 19 de 2006, el doctor Javier Lizcano Rivas, en calidad de Procurador 14 Judicial Administrativo de Barranquilla, designado por el Procurador General de la Nación (folio 220 del cuaderno de primera instancia) para intervenir como agente del Ministerio Público dentro del proceso de tutela, solicitó al Juzgado 1° Penal del Circuito de Barranquilla, conforme al artículo 277-7 de la Constitución Nacional, tenerlo como sujeto procesal.

Recibidas las impugnaciones elevadas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Invías y del agente especial del Ministerio Público designado por el Procurador General de la Nación, el Juzgado mediante auto de enero 25 de 2006, ordenó remitir el expediente y las mencionadas impugnaciones a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

2.1. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Invías impugna la decisión adoptada por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Barranquilla, pues a su juicio se aplicó desatinadamente la Ley 80 de 1993, como quiera que el proceso de liquidación del contrato 388 de 1997 es una actuación administrativa y no judicial.

Recuerda que la ley de contratación estatal dispone ante que autoridad judicial deben ventilarse las controversias que se susciten, así como también determina la práctica de pruebas en esos procesos judiciales, lo cual es diferente a los procedimientos administrativos que se siguen como consecuencia de la expedición de actos administrativos (vía gubernativa).

Asegura que los procedimientos administrativos se rigen por lo dispuesto en la primera parte del C.C.A., por lo que siendo la liquidación de los contratos administrativos un proceso de tal naturaleza debe reglarse por tales disposiciones.

Asevera que el recurso de reposición, previsto en el C.C.A. no establece periodo probatorio, sin embargo, en aras de garantizarle el debido proceso a las entidades accionantes, Invías admitió la práctica de pruebas en el mencionado recurso, donde estas actuaron solicitando aclaración y adición al dictamen pericial, misma petición efectuada en su momento por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A., pues de su lectura se observa que la solicitud es idéntica a la presentada en el año 2003.

Considera que las accionantes no pueden alegar que carecieron de la oportunidad para controvertir el dictamen, pues se les brindó dicha prerrogativa, además de que pudieron objetarlo, pero pese a tal oportunidad las sociedades actoras se abstuvieron de hacerlo. En esa medida le resulta inaceptable que acudan a la acción de tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, como quiera que ello implica el alegar a su favor su propia incuria, y desvirtuar de esa forma el carácter subsidiario del mecanismo constitucional.

Señala que contrario a lo sostenido por el Juzgado, a los actores si se les dio traslado del dictamen pericial, cosa diferente es que hicieran caso omiso de ello, pretendieron dilatar la actuación al hacer las mismas observaciones que ya obraban en el expediente, debiendo esperar la misma respuesta a ellas, razón por la cual Invías no tenía que darles de nuevo traslado de algo que evidentemente conocían, acorde al artículo 3° del C.C.A. y en virtud del principio de economía procesal que enseña que se tendrán en cuenta las normas de procedimiento para agilizar las decisiones.

Manifiesta que ante la inercia o indiferencia de las Sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. frente a lo ya actuado en el momento en que se corrió traslado del material probatorio existente, era deber de la administración continuar el trámite, por lo que no puede alegarse vulneración al debido proceso. Además, que si se tiene en cuenta que el proceso liquidatorio del contrato N° 388 de 1997 terminó con la resolución N° 5435 de 2005, ya no es procedente la acción de tutela conforme la jurisprudencia constitucional, correspondiendo a las accionantes acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para ventilar allí sus desacuerdos.

2.2. El agente especial del Ministerio Público impugna igualmente la decisión proferida en primera instancia, pues considera que la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial y no se demuestra la inminencia de la estructuración de un perjuicio irremediable.

Destaca que en la sentencia C-531 de 1993 la Corte Constitucional estableció los elementos del perjuicio irremediable, y a su juicio en el caso concreto no se dan tales presupuestos.

Asimismo asevera que el Juzgado no hizo un análisis de la eficacia o no del recurso o medio judicial distinto a la acción de tutela interpuesta por las accionantes, y mucho menos estudió los elementos de procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, como quiera que se trata de actos administrativos derivados de una relación contractual.

Dice que los accionantes disponen de las acciones contenciosas establecidas en la Ley, las cuales se erigen como las únicas habilitadas para definir la legalidad o no de las actuaciones administrativas, con la prerrogativa que con su ejercicio también puedan obtener la suspensión provisional de las decisiones administrativas.

Señala que no se probó la violación del derecho al debido proceso alegado por las accionantes, además de que se aplicó de manera equivocada el parágrafo 1° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, relativo a la forma de practicar pruebas dentro del proceso derivado de una controversia contractual, pues no es posible aplicar a actuaciones administrativas las dispuestas para otras ramas del poder público.

Asegura que el Invías demostró que los accionantes no hicieron uso del derecho a objetar el dictamen pericial sino que se limitaron a solicitar el 9 de agosto de 2005 aclaración y complementación, repitiendo el mismo cuestionario hecho por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A. el 9 de abril de 2003. Lo anterior, señala, da a entender que las accionantes estaban enteradas de todo el material probatorio, por lo que era innecesario otorgar un término adicional para que objetaran el dictamen, ya que el objetivo era diferente a hacer efectivo el derecho a impugnar la prueba pericial.

3. Decisión de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante fallo de febrero 22 de 2006, decidió confirmar la decisión adoptada en primera instancia. A juicio del Tribunal, en los procesos de liquidación de contratos estatales es aplicable por analogía el Código de Procedimiento Civil en lo tocante a los dictámenes periciales, dado a los vacíos que sobre el tema trae la Ley 80 de 1993 y el Código Contencioso Administrativo.

En ese orden, adujo el *ad-quem*, que la determinación del *a-quo* de acudir a la normatividad procesal civil para corroborar si el proceder de Invías se ciñó a tal normatividad fue acertada, más aún cuando en la resolución N° 03601 de agosto 5 de 2005 la entidad accionada dispuso correr traslado en los términos del art. 238 del C.P.C. Dice además “*que si en gracia de discusión se aceptase lo postulado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Invías, de que no debe aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, se pregunta la Sala por qué a las demás sociedades intervinientes en el proceso administrativo de liquidación del contrato 388/97, si se les corrió traslado de la aclaración efectuada al primer dictamen?, mientras que a las sociedades demandantes en sede de tutela no se quiere hacer lo propio, incurriendo por ello en una clara trasgresión del derecho a la igualdad*”. Ahondando en el fondo del asunto, el Tribunal sostiene lo siguiente:

“... el Invías se apartó del procedimiento establecido por la normatividad procesal civil relativa a los dictámenes periciales, puesto que si bien en un principio y en aras de preservarles a las sociedades Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi su derecho al debido proceso y a la defensa, les corrió traslado del dictamen pericial de liquidación del contrato 388/97, llegando incluso a aceptar la solicitud de aclaración o complementación del mismo, disponiendo la designación de un par de peritos para que absolvieran dicho cuestionario, sin embargo, no se les corrió traslado de la respuesta o concepto emitido por estos.

(...)

Por lo antes anotado, resulta inobjetable, se reitera, que existió vulneración de los derechos fundamentales de los actores, al no brindárseles la oportunidad de objetar por error grave la aclaración o complementación efectuada, no siendo de recibo que por existir similitud entre las solicitudes de aclaración hechas por las sociedades Equipo Universal S.A. y Castro Tcherassi en el año 2005 y las efectuadas por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A. el 9 de abril de 2003, la entidad accionada quedaba relevada de ponerles en conocimiento lo resuelto por los peritos, bajo la presunción de que efectuarían las mismas objeciones por error grave. Esta situación se aparta de los principios reguladores de la actuación administrativa, en la medida en que por el simple hecho de haberse solicitado similar aclaración al dictamen pericial, ello no

conlleva a que necesariamente efectuarían las mismas objeciones por error grave, o que en el hipotético caso de llegar a efectuar las mismas no acudiesen a argumentos diferentes para justificar la viabilidad de estas, lo cual obligaría a los peritos que se designen a tener que dictaminar sobre la procedencia o no de estas”.

Considera el Tribunal, refiriéndose a la procedencia de la tutela, que si bien la actuación del juez constitucional no está orientada a cuestionar la validez de los actos administrativos proferidos por la entidad accionada, la cual corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que se persigue en esta oportunidad es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de quienes fueran sometidos arbitraria y caprichosamente por las autoridades a un estado de indefensión que desconoce de forma sistemática su derecho al debido proceso. En esa medida, trayendo a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional, señala que no resulta razonable que so pretexto de la existencia de otro medio de defensa judicial se violen garantías fundamentales.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

En el presente caso las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, por cuanto resolvió los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, suscrito por el consorcio del que hacían parte e Ivías, sin que se les permitiera objetar el dictamen conforme al art. 238 del C.P.C. respecto de la prueba pericial en la que se basó la liquidación, pues los peritos se negaron a la aclaración y complementación del mismo. Indican además, que a las otras sociedades que conformaban Commsa S.A. sí se les corrió el traslado que ahora alegan.

Por su parte Invías manifiesta que la solicitud de adición y aclaración del dictamen pericial era la misma hecha por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A., por lo que los peritos no se pronunciaron dado que sobre los mismos aspectos ya habían emitido dictamen el 29 de mayo de 2003. Asegura que las sociedades demandantes no pueden alegar la vulneración de sus derechos fundamentales cuando su apoderado fue quien se limitó a repetir las observaciones elevadas por las otras sociedades al

momento en que se les corrió traslado del dictamen pericial, conociendo de antemano la respuesta dada por los peritos a las mismas. Por lo cual considera que era deber de la administración continuar con el trámite. Afirma que las sociedades demandantes cuentan con otros medios de defensa judicial a los cuales puede acudir en defensa de sus derechos.

Los jueces de instancia concedieron la protección solicitada, ordenando al Invías que dentro del término de 48 horas “*deje sin efecto la resolución N° 05435 del 28 de octubre de 2005 y dé el trámite previsto en el artículo 238 numeral 4° del C.P.C. para que adecue el procedimiento a lo legalmente previsto*”. Tanto el *a quo* como el *ad quem* concluyeron que la entidad accionada al proceder en la forma como lo hizo, impidió que las sociedades accionantes pudieran objetar el dictamen de aclaración respecto de la prueba pericial tal como lo permite el numeral 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, normatividad que aducen se aplica al caso. Indican que no se trata de garantizar simplemente de manera formal el derecho a la defensa sino de otorgar una eficacia material. También, que el derecho a la igualdad fue desconocido, por cuanto a las otras sociedades (que hacían parte de Commsa S.A.) en su oportunidad si se les corrió traslado de la aclaración efectuada al dictamen, mientras que a las sociedades demandantes en sede de tutela no se les permitió lo mismo.

De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde entonces a esta Sala establecer, (i) si la acción de tutela es procedente contra la actuación administrativa adelantada por el Instituto Nacional de Vías en el trámite de agotamiento de la vía gubernativa planteada, y de ser así, establecer (ii) si el Invías vulneró los derechos invocados por las sociedades actoras al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, suscrito con el consorcio del que hacían parte (Commsa S.A.), sin que les permitiera objetar el dictamen pericial (conforme al art. 238 del C.P.C.) en que se basó la liquidación unilateral, pues los peritos se negaron a la aclaración y complementación solicitada, así como tampoco el Invías les corrió traslado de la negativa de los peritos. Para dar respuesta a este último interrogante, previamente se abordarán los temas referentes al debido proceso administrativo y a los dictámenes periciales.

3. La procedibilidad de la acción de tutela.

Esta Corporación ha venido reiterando, que la acción de tutela es de carácter subsidiario, en cuanto sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando, existiendo otros mecanismos, éstos no son idóneos ni eficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹.

¹ Ver entre otras sentencias, la T-03/92, T-057/99, T-815/00, T-021/05.

El anterior criterio jurisprudencial, trazado desde la sentencia T-03 del 11 de mayo de 1992², indica que el otro medio de defensa judicial al que alude el artículo 86 de la Constitución Política, debe ser eficaz y permitir la protección inmediata y real de los derechos fundamentales afectados. De lo contrario, la acción de tutela dejaría de tener ése carácter constitucional preferente que la caracteriza en razón de su objeto, y ya no sería tampoco el mecanismo aplicable para evitar la burla de los preceptos superiores.

Por ello, el artículo 6º, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991 señala, en relación con tales medios, que su existencia *"será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"*. Esto significa que en cada caso en particular corresponde al juez de tutela evaluar si el otro medio de defensa judicial, cuanto existe, podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si por el contrario se trata de una vía formal o cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resulten tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados.

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

De esta manera, solo la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para la protección de los derechos presuntamente vulnerados pueden tornar improcedente la acción de tutela. Así, la Corte ha dicho: *"...no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados"*.³

² Cfr. Sentencia T-03 de 1992: *"A este respecto debe expresar la Corte, como criterio indispensable para el análisis, que únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado"*.

³ Sentencia T-468 de 1999.

Dicha idoneidad y suficiencia de acuerdo con la Corte, debe ser analizada en cada caso concreto, para lo cual es indispensable que los otros medios de defensa judicial, “*proporcionen el mismo grado de protección que se obtendría mediante el empleo la acción de tutela, es decir, que sean tan sencillos, rápidos y efectivos como ésta para lograr la protección de los derechos fundamentales lesionados o amenazados*”.⁴

Habida cuenta de lo anterior, es necesario analizar si en el asunto que ahora es objeto de revisión, las demandantes cuentan con otros mecanismos de defensa judicial para dirimir la controversia surgida, y si, en caso afirmativo, ellos son materialmente idóneos para asegurar la protección de sus derechos. De no serlo, la acción de tutela se proyectará como el camino procesal adecuado.

Con el fin de definir lo anterior, es necesario que la Corte haga referencia previa a la finalidad de la vía gubernativa, dado que la vulneración del derecho al debido proceso, invocada en la demanda de tutela que nos ocupa, hace referencia a lo ocurrido durante el agotamiento de este requisito de procedimiento establecido por el legislador.

3.1. La finalidad de la vía gubernativa.

En relación con el ejercicio de la función administrativa, esta corporación ha considerado que pueden generarse diferentes situaciones jurídicas que producen en los administrados beneficios, desventajas o indiferencia. Por consiguiente, debe existir un control para que las potestades de la administración respondan tanto a la Constitución como a la ley. Así las cosas, dicho control se ve vertido en la *tutela judicial* y en la *autotutela de la administración*. A través de la primera, los administrados pueden controvertir las decisiones de la administración, provenientes de la potestad otorgada por la ley, utilizando la vía judicial. Por intermedio de la segunda, es la misma administración quien controla o corrige sus decisiones provenientes de la potestad mencionada. Así las cosas, el legislador ha dotado a la administración de una serie de potestades, con el propósito de que corrija los errores u omisiones en que esta hubiere incurrido en la toma de sus decisiones, son ejemplo de ello la *vía gubernativa* y la *revocatoria directa de los actos administrativos*. Es decir, mecanismos de autotutela de la administración⁵.

Cabe recordar, que el artículo 135 del Decreto-ley 01 de 1984 modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, sobre la posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares, dispone que la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

⁴ Sentencia T-021 de 2005.

⁵ Sentencia C-060 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería

Esta disposición fue declarada exequible por esta corporación, mediante sentencia C-319 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se consideró que:

(...)

Ahora bien, el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contrarían la Constitución Política, sino por el contrario permiten dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta.

En efecto, el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedimiento establecido por el legislador, permite que el afectado con una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado (art. 209 C.P.), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2).

Por su parte, el administrado en caso de no considerar acorde con sus pretensiones el pronunciamiento de la Administración una vez agotados los recursos de vía gubernativa, podrá poner en movimiento el aparato jurisdiccional mediante la presentación de la demanda ante la jurisdicción administrativa para que sea el juez el que decida finalmente sobre el derecho que se controvierte. Así, el cumplimiento de ese requisito fijado por la ley, constituye una garantía de más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho fundamental al debido proceso.

Sin embargo, como lo dispone el inciso tercero del artículo 135 del Decreto-ley 01 de 1984, modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, citado, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidades de interponer los recursos procedentes, lo interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.

Al respecto de ésta última norma citada, en la misma sentencia C-319 de 2002 citada, la Corte consideró que: *“Con todo, si los servidores públicos incumplen con los deberes que les impone la ley, y de su actuación se deriva la imposibilidad para el administrado de agotar la vía gubernativa, bien porque no le fue comunicada la iniciación de la actuación administrativa que afectó sus intereses, ya porque las notificaciones no se realizaron o no se hicieron en debida forma, el afectado con ese incumplimiento podrá acudir directamente a la jurisdicción, sin necesidad de agotar la vía gubernativa, tal como lo prevé el último inciso del artículo 135 demandado.”*

En efecto, existen mecanismos de autotutela de la administración, que le permiten al afectado con una decisión vulneratoria de sus derechos, acudir ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta, pueda corregirla, dándole de esta manera la oportunidad a la administración de revisar y corregir sus propios errores, para el cumplimiento de los fines del Estado. Sin embargo, el afectado con un acto particular de la administración, podrá acudir directamente a la jurisdicción contenciosa a demandarlo, si la propia autoridad no le dio la oportunidad de agotar la vía gubernativa interponiendo los recursos respectivos, bien porque no le fue notificado el acto o porque dicha notificación no se hizo en debida forma.

3.2. Procedibilidad de la tutela en el caso concreto.

La Sala considera necesario precisar que la actuación del Invías mediante la cual procedió a liquidar el 388 de 1997, resoluciones 3088 y 3197 de 2002 y 5435 de 2005, fue notificada a las partes accionantes en esta tutela, y se interpuso el recurso de reposición respectivo. Por lo tanto, no se trata de un caso en el que la administración impidió la interposición del recurso de reposición consagrado en la ley. Se controvierte justamente la actuación de la administración en el trámite de dicho recurso, en el que consideró la administración necesario para su resolución, decretar previamente un dictamen pericial. En efecto, se trata de establecer, si para la protección de los derechos fundamentales que se considera vulnerado en esta etapa –debido proceso e igualdad-, resulta idóneo acudir directamente a la jurisdicción contenciosa, máxime cuando la solicitud de tutela no está encaminada a controvertir el contenido de fondo de la liquidación unilateral del contrato, sino que se reprocha las graves deficiencias en las actuaciones precedentes, particularmente la imposibilidad de controvertir un dictamen ante la propia administración.

En otras palabras, lo que se pretende por vía de tutela es corregir la vulneración de los derechos fundamentales alegados en este caso, en el desarrollo mismo de la vía gubernativa, y de esta manera reconstruir un trámite específico, pero sin abordar un debate de fondo que despoje de sus competencias a la jurisdicción contenciosa, foro natural para dirimir las controversias de carácter contractual o derivadas de un contrato.

En efecto, considera la Corte que no resulta idóneo en este caso particular disponer que existe otro mecanismo de defensa judicial y por ende concluir en la improcedencia de la acción de tutela. Lo anterior por cuanto, cuando se obstaculiza de manera grave el desarrollo de la vía gubernativa, como ello repercute directamente en el ejercicio de una adecuada defensa ante la jurisdicción contenciosa, es necesario que el juez constitucional intervenga para asegurar, la posibilidad de un acceso efectivo ante la propia administración y, de ser preciso, ante los estrados judiciales.

No se trata, por tanto, de un debate sobre la mera legalidad de un acto, sino sobre la posibilidad misma de contar con la garantía del respeto a los derechos fundamentales ante la propia administración, y darle la oportunidad de corregir sus propios errores, para que agotada la vía gubernativa, sin vulneración de derecho fundamental alguno, las partes puedan acudir ante la jurisdicción contenciosa, si así lo consideran.

Cabe recordar, que no resulta acorde con las fines del Estado social de derecho, que si se han otorgado potestades a la administración para que ejerza a su interior el control respectivo sobre sus propios actos, dándole una oportunidad de corregirlos sin necesidad de que el afectado acuda ante el juez contencioso, sea en el trámite de dicho requisito de procedibilidad que resulten vulnerados derechos fundamentales; y que para su protección, los afectados tengan que acudir entonces al juez contencioso, con lo cual, ninguna efectividad real tendría que la ley entrega a la administración esa posibilidad de corregir sus propios errores.

De manera que, para la corrección de ciertos actos de la administración que vulneran derechos fundamentales, no siempre es preciso que los afectados acudan a la vía del juez contencioso, pues en ocasiones es pertinente la intervención del juez de tutela, para que mediante el trámite sumario de esta acción cese la vulneración, como ocurre por ejemplo, cuando la administración no motiva un acto teniendo la obligación de hacerlo, pues con ello se impide al ciudadano conocer las causas de una decisión y se le obliga, para reclamar la nulidad, a extraerlas de su imaginación, lo que a todas luces supone una carga irrazonable y desproporcionada. Es por ello que la Corte ha ordenado la motivación de ciertos actos administrativos, a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa⁶.

Ahora bien, si lo que se busca mediante la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales de las personas, que han sido vulnerados por las autoridades en trámites y procedimientos que no abordan el análisis material o de fondo del caso concreto, no parece idóneo que los administrados se vean obligados a soportar el proceso dispendioso de la vía contenciosa para obtener la protección de sus derechos fundamentales. Es en este evento que el factor de temporalidad cobra especial relevancia, pues obligar al ciudadano a poner

⁶ *Cfr.*, entre muchas otras, las sentencias SU-250 de 1998, T-648/05, T-1206/04, T-1240/04, T-161/05, T-222/05, T-392/05, T-267/05, T-031/05, T-123/05, T-634/06.

en movimiento el andamiaje judicial y tener que esperar varios años no resulta razonable cuando lo que se debate no es una cuestión de fondo.

En este orden de ideas, las circunstancias expuestas hacen que la acción de tutela se erija como el medio idóneo para la protección oportuna de los derechos fundamentales posiblemente afectados en el trámite de la vía gubernativa ante la administración. De esta manera se permitirá que, si a ello hubiere lugar, las sociedades actoras puedan reconstruir la vía gubernativa para luego acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, si lo consideran procedente.

Procedente la tutela, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, debe la Corte analizar ahora el caso concreto, es decir, si la entidad demanda vulneró los derechos invocados o si por el contrario, sus actuaciones no implicaron menoscabo de aquéllos. Para ello, previamente se hará referencia al debido proceso administrativo, a generalidades del dictamen pericial.

4. Sobre el debido proceso administrativo.

4.1. El derecho al debido proceso administrativo ha sido estudiado en múltiples oportunidades por esta Corporación. Esta garantía se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 29 constitucional, entre otras disposiciones superiores, y consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad. Corresponde en este contexto al juez constitucional determinar su alcance y aplicación, en atención a los principios de eficacia de la administración y observancia de los fines inherentes a la función pública⁷.

Así pues, este derecho es 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 legal⁸.

El objeto de esta garantía superior es entonces (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 administrados⁹.

⁷ Sentencias T-582 de 1992 y T-214 de 2004.

⁸ Sentencia T-552 de 1992. En esta providencia se indicó también que “*El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general.*”

⁹ Sentencia T-522 de 1992.

4.2. Este derecho 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. 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 estos privilegios con los derechos fundamentales de los asociados¹⁰.

La Corte, desde la sentencia T-442 de 1992, desarrolló ampliamente la esencia del derecho fundamental al debido proceso administrativo:

“Se observa 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 estatales, es decir, cubija 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”¹¹.

El interés jurídico relacionado con la necesidad de someter los actos del poder público a normas previamente establecidas, es consustancial al Estado de Derecho y, naturalmente, a toda organización política que se caracterice por la

¹⁰ Sentencia T-772 de 2003.

¹¹ Sentencia T-442 de 1992.

vigencia de un sistema democrático, en el cual los ciudadanos y las demás personas tienen derecho a conocer y a controvertir las decisiones adoptadas por las autoridades públicas.

4.3. El debido proceso administrativo “*comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales*”¹². Así mismo, es desarrollo del principio de legalidad, según el cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y el trámite a seguir antes de la adopción de determinadas decisiones. Igualmente, el principio de legalidad impone a las autoridades el deber de comunicar adecuadamente sus actos y el de dar trámite a los recursos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico¹³.

Siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas¹⁴.

5. Generalidades sobre los dictámenes periciales.

5.1. El dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva.

La naturaleza jurídica de la prueba pericial puede ser catalogada en dos posturas:

¹² Sentencia C-383 de 2000.

¹³ Sentencia T-550 de 1992: “*La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso. En efecto, se distinguía entre una y otra realidad jurídica, en tanto ese derecho buscaba, en sus primeros tiempos asegurar la 'libertad física, y, sólo gradualmente se extendió a procesos de naturaleza no criminal, a las demás formas propias de cada juicio, según el texto constitucional anterior; ahora, sigue aumentando su espectro este derecho, que comprende como el que más la necesidad de consultar el principio de legalidad en las actuaciones públicas judiciales y en adelante las administrativas, ampliando su ámbito garantizador. (..)*”

En realidad, lo que debe entenderse por proceso administrativo para los efectos del artículo 29 de la Constitución Política, es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley”

¹⁴ Sentencia T-1341 de 2001.

a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.

b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso.

Esta Corporación refiriéndose a esta materia en la sentencia T-554 de 2003, señaló:

“Tradicionalmente la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que del juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate¹⁵.

También ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. De tal suerte que la prueba pericial es considerada como una 'prueba de auxilio judicial' encaminada a suplir la ausencia de conocimientos científicos, técnicos o culturales de los jueces”.

Toda peritación supone la realización de diversas actividades que consisten en la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen. En este sentido, señala Font Serra que la realización de la prueba pericial *“se puede resumir en estas tres facetas: percepción, deducción o inducción y declaración técnica o dictamen”*.¹⁶

El reconocimiento o percepción de la materia a peritar consiste, en esencia, en la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del

¹⁵ Carlos Climent Durán, *La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1999, p. 463.

¹⁶ Font Serra, E., *Las prueba de peritos*, Barcelona, 1995, p. 234.

modo en que se halle. Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el perito son todas aquellas actividades especializadas, propias de la profesión, ciencia, arte o práctica del especialista actuante, que permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones específicas, que ayudan al juzgador en su labor enjuiciadora.

La redacción de las conclusiones es la consecuencia final de todo lo anterior, y supone, una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por el perito conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte. Así pues, el dictamen pericial no es otra cosa que la formalización por escrito de los anteriores pasos.

Sin embargo, el peritazgo no sólo es un medio probatorio empleado en las instancias judiciales sino también una herramienta de gran utilidad en manos de la administración pública para emitir un pronunciamiento adecuado respecto de los asuntos que hayan sido puestos en su conocimiento y sobre los cuales deba resolver de forma precisa. De esta manera, la pericia reviste gran importancia para la emisión idónea de las decisiones administrativas, ya sea en el trámite de derechos de petición, en reclamaciones puntuales de los administrados, en la interposición de recursos en vía gubernativa, etc.

5.2. El Código Contencioso Administrativo establece que en las actuaciones de la administración *“serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el código de procedimiento civil”* (art. 57). Esta disposición, en armonía con la contenida en el artículo 267 del C.C.A.¹⁷, nos remite a lo regulado por el estatuto adjetivo civil en cuanto se refiere a los dictámenes periciales, su procedencia, su práctica y su contradicción.

Así entonces, se tiene que el Código de Procedimiento Civil regula el decreto y práctica de este medio de prueba y dispone en su artículo 233 que *“la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*.

Por su parte, el artículo 237 establece la forma en que la peritación se desarrollará, señalando lo siguiente:

“Art. 237.- Práctica de la prueba. En la práctica de la peritación se procederá así:

- 1. Cuando la peritación concorra con inspección judicial, ambas se iniciarán simultáneamente.*
- 2. Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros*

¹⁷ C.C.A. Art. 267: “En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones...”.

técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen.

3. Cuando en el curso de su investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útiles para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el juez estima necesario recibir los testimonios de aquéllos, lo dispondrá así en las oportunidades señaladas en el artículo 180.

4. El juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las deliberaciones.

5. Los peritos podrán por una sola vez, pedir prórroga del término para rendir el dictamen. El que se rinda fuera del término valdrá siempre que no se hubiere proferido el auto que reemplace al perito.

Los peritos principales deliberarán entre sí y rendirán el dictamen dentro del término señalado. El perito tercero emitirá su concepto, en la oportunidad que el juez le fije sobre los puntos en que discrepen los principales.

6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.

Asimismo, el artículo 238 *ibídem* regula lo concerniente a la contradicción de la pericia en estos términos:

“Art. 238.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 110. Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen

rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare. (...)”. (Subraya la Sala)

En torno a la explicación, ampliación o aclaración del dictamen pericial, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“La ley ha otorgado a los litigantes derecho para pedir, dentro del referido traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de completar la prueba purgándole de dudas o deficiencias, o para darle mejores fundamentos (...).

“Como la aclaración o ampliación del dictamen no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aun contradiga sus primeras conclusiones, no incurre en yerro de valoración legal el sentenciador que encontrándola uniforme, explicada y debidamente fundamentada atribuye pleno mérito demostrativo a la declaración o aclaración que hagan dos peritos, prescindiendo de lo que inicialmente en sentido contrario ellos hayan afirmado”. (C.S..J. Sent. Oct.18/71).

Es decir, la explicación, ampliación o aclaración de un dictamen pericial, en orden al esclarecimiento y precisión de los hechos cuestionados, bien pueden conducir a la modificación o rectificación del concepto inicialmente rendido, pero en todo caso, dentro de la esfera de un mismo peritaje. De suerte que en cualquiera de estos eventos se trata de una extensión del trabajo originariamente realizado por los peritos, que tiene como fin la cualificación procesal de la información suministrada a través del dictamen¹⁸.

Frente a la objeción por error grave ha expresado la misma Corporación:

“(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...) pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, (...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es

¹⁸ Cfr. Sentencia C-807 de 2002.

materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...), de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...)". (C.S.J. Auto sept. 8/93, Exp. 3446).

En este orden, el dictamen como concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte que instruye al juez o a la administración sobre conocimientos de esa índole se convierte en un elemento más de los que se valen los funcionarios para convencerse acerca de la realidad de los hechos materia de las actuaciones. No de otra manera se entiende el desarrollo de principios probatorios como el de necesidad y apreciación conjunta de la prueba con arreglo a la crítica racional. Por tanto, la observancia de las reglas señaladas del Código de Procedimiento Civil en materia administrativa hacen parte del derecho al debido proceso, por lo que su pretermisión podría conllevar a la vulneración de las garantías fundamentales.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. En esta oportunidad las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales¹⁹, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se

¹⁹ Esta Corporación ha sido muy enfática al sostener que las personas jurídicas pueden ser objeto de vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, cuando éstos puedan predicarse de su existencia misma, de su actividad, del núcleo de garantías que les ofrece el ordenamiento jurídico y de los que se derivan del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas naturales ligadas a ellas. Así lo manifestó esta Corte en la sentencia SU-182 de 1998, donde se dijo: "*Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular*".

negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.

En el presente asunto las firmas accionantes invocan también la protección del derecho a la igualdad, por cuanto afirman que a las otras sociedades que conformaban Commsa S.A. sí se les corrió el traslado que a ellas les fue privado. No obstante, de acuerdo con la descripción de los presupuestos fácticos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el amparo de este derecho está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, su protección depende directamente de que se configure una violación a este último.

Conforme a los hechos y las pruebas acreditadas en el expediente, se tiene que el Invías, luego de haber corrido traslado a las accionantes del dictamen pericial efectuado con ocasión de la liquidación del contrato N° 388/97 (Res. 03601 de agosto 5 de 2005), y estas haber solicitado aclaración o complementación del mismo, finalmente ello no se produjo por cuanto los peritos se negaron a ello, respuesta que no se les puso en conocimiento.

A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades Castro Techerassi S.A. y Equipos Universal S.A., por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial. En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.

6.2. En primer término, en materia de dictámenes periciales practicados al interior de la actuación administrativa donde se liquida unilateralmente un contrato estatal, ni el libro primero del Código Contencioso Administrativo ni la ley 80 de 1993 establecen como proceder ante las inconformidades de las partes frente a dicha prueba. Es frente a esta clase de vacíos normativos que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite remitirse al Código de Procedimiento Civil para salvar los mismos. Al respecto dispone el artículo 77 de la ley 80 de 1993:

“Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.”

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo” (Subraya la Sala).

Así las cosas, resulta aplicable el Título XIII capítulo V del Código de Procedimiento Civil, referente a la prueba pericial, y en concreto al caso ahora objeto de análisis, el artículo 238 transcrito en páginas precedentes. Por lo que resultan acertadas las apreciaciones de los jueces de instancia cuando acudieron al estatuto adjetivo civil para determinar en el asunto sometido a revisión, si el Invías se apartó o no de dicha normatividad.

Aunado a lo anterior, toda duda sobre la aplicabilidad del Código de Procedimiento Civil al presente caso queda despejada cuando se advierte de la lectura de la resolución N° 03601 de agosto 5 de 2005, proferida por el Director General de Invías (folios 141 y 142 del cuaderno de primera instancia), que la entidad expresamente acude a dicha normatividad adjetiva para correr traslado de los dictámenes periciales dentro del trámite de liquidación unilateral del contrato. En sus apartes pertinentes establece la mencionada resolución:

“RESOLUCIÓN NÚMERO 003601 DE AGOSTO 05 DE 2005.

Por la cual se corre traslado de los Dictámenes Periciales y otras pruebas a las empresas Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. dentro del trámite de liquidación unilateral del contrato de concesión 0388-97.

EL DIRECTOR GENERAL

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las previstas en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 2056 de 2003, con fundamento en las normas del Código Contencioso Administrativo que regulan la materia, las normas aplicables del Código de Procedimiento Civil y demás normas concordantes, y

CONSIDERANDO

Que en virtud de la declaratoria del Contrato de Concesión N° 0388-97, se ordenó la liquidación del mismo.

(...)

Que el procedimiento administrativo de la liquidación se ha conformado un expediente con abundante material probatorio incluyendo dos dictámenes periciales, razón por la cual la administración en aras de salvaguardar el debido proceso corre traslado de estas probanzas a las dos compañías aquí mencionadas.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

*Artículo Primero: Ordénase correr traslado **en los términos del art. 238 del C.P.C.** a la sociedad Equipo Universal S.A. (...) y la sociedad Castro Tcherassi S.A. (...) de todo el material probatorio existente en el expediente y de los dictámenes periciales efectuados por Jhon Jairo Duque García – Contador Público y Federico Restrepo Posada, Ingeniero Civil, de fecha 18 de marzo de 2003 y del dictamen realizado por Jaime Alfonso Rodas Duque y Antonio Florez Blair con relación a las objeciones por error grave del 21 de noviembre de 2003.*

Artículo Segundo: Ordénese dejar a disposición de la sociedad Equipo Universal S.A. (...) y la sociedad Castro Tcherassi S.A. (...) todo el material probatorio existente en el expediente y los respectivos dictámenes periciales por los siguientes tres días posteriores a su notificación (...)

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE”. (Resalta la Sala)

Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión.

En el mismo sentido, resulta paradójico que la entidad demandada haga alusión al artículo 238 del C.P.C., dando traslado a las sociedades accionantes del dictamen pericial en que se basó la liquidación del contrato y aceptando la solicitud de aclaración o complementación del mismo, y pese a que estos se negaron a cumplir con tal deber, tampoco se les corra traslado de la respuesta dada por estos, tal como lo dispone el mismo artículo en mención, para que pudieran objetar por error grave la aclaración o complementación que pudiera proferirse si así lo estimaban.

6.3. Por otra parte, no resulta de recibo para la Sala lo alegado por la entidad accionada, relativo a que por existir similitud entre la solicitud de aclaración elevada en el año 2003 por las sociedades Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón S.A. y la efectuada en el año 2005 por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A., quedaban eximidas de poner en conocimiento lo resuelto por los peritos, bajo la

suposición de que realizarían las mismas objeciones por error grave²⁰. Sin embargo, la similitud entre las solicitudes no implica forzosamente que las sociedades actoras harían objeciones por error grave semejantes a las hechas por las otras, pues es latente la posibilidad de que podrían utilizar argumentos o razones distintas que hubieran hecho viable la objeción y cambiado el resultado de la liquidación del contrato.

Ahora bien, la vulneración del derecho al debido proceso reflejada en la pretermisión a la posibilidad de objetar el dictamen pericial, conllevó el desconocimiento del derecho a la igualdad de las sociedades accionantes frente a las demás sociedades que conformaban Commsa S.A., pues a estas en su oportunidad se les permitió pedir aclaración a la pericia y objetar la respuesta a la misma. Recuérdese que a las sociedades Castro Tcherassi y Equipos Universal no se les participó desde un principio de tal trámite, dada la orden de tutela que las excluía del mismo, la cual fue revocada por la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-1070 de 2003. Lo anterior se desprende con claridad de la lectura de la página 14 de la Resolución N° 05435 de 2005 (folio 27 del cuaderno de primera instancia), según la cual:

“(...) Que el 20 de enero de 2003 se posesionaron los peritos designados, doctores Federico Restrepo Posada y John Jairo Duque García, los cuales procedieron a examinar la información existente y a rendir su dictamen.

Que mediante auto del 13 de abril de 2003 se ordenó correr traslado del dictamen a los interesados por el término de tres días, para que pudieran solicitar aclaraciones y complementaciones u objetarlo por error grave.

Que el dictamen fue objeto de aclaraciones por parte de Commsa y sus accionistas, Cano Jiménez, Gercón, la Mundial y la Previsora.

Que mediante auto del 10 de abril de 2003, el Invías accedió a la solicitud de aclaraciones y concedió a los peritos un término de diez días para realizarlas.

Que mediante auto del 30 de abril de 2003, el Invías ordenó correr traslado del escrito de aclaraciones a los interesados, decisión que se les comunicó mediante oficio dirigido a cada uno de ellos.

Que luego de haberse corrido traslado de las aclaraciones al dictamen, fue objetado por error grave por parte de Commsa, sus accionistas Españoles, Cano Jiménez Estudios y Construcciones S.A. y Gercón y

²⁰ En la parte considerativa de la Resolución 05435 de octubre 28 de 2005, Invías dice al respecto: “Que mediante comunicación del 13 de octubre de 2005, radicada en el Invías bajo el N° 67069 del 14 de octubre de 2005, los peritos respondieron las aclaraciones solicitadas por las firmas Castro Tcherassi S.A., Equipo Universal S.A., Sacyr S.A. y ENA, señalando que sobre esos mismos cuestionamientos y por haber sido formulados de manera exacta ya se habían pronunciado en el año 2003”.

por las aseguradoras la Mundial y la Previsora quienes solicitaron otro dictamen pericial para demostrar dicho error.

Que por medio de auto de junio 6 de 2003 el Invías ordenó correr traslado de las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial.

Que surtido el traslado de las objeciones, mediante auto del 16 de junio de 2003 el Invías decretó la prueba solicitada y designó los nuevos peritos.

Que el día 29 de agosto de 2003 se posesionaron los nuevos peritos, doctores Jaime Alfonso Rodas Duque y Antonio José Florez Blair, los cuales entregaron el nuevo dictamen el día 5 de diciembre de 2003.

Que el Invías por medio del auto del 11 de diciembre de 2003 accede a decretar aclaraciones al nuevo dictamen”.

Así las cosas, se advierte que las demás sociedades accionistas de Commsa contaron con todas las oportunidades procesales de que habla el artículo 238 del C.P.C., no pudiéndose en consecuencia aceptar lo alegado por el Invías de que el estatuto adjetivo civil no es aplicable al caso, pues resulta evidente que la misma entidad lo aplicó respectó de tales sociedades intervinientes en el proceso de liquidación del contrato de concesión 388/97, valga decir, dando traslado de la aclaración efectuada al primer dictamen, mientras que a las sociedades ahora demandantes no se les permitió lo propio.

6.4. Por todo lo anterior, la Sala concluye que el Invías vulneró los derechos fundamentales invocados por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A., al omitir correr traslado de la respuesta dada por los peritos a la solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial en que se basó la liquidación unilateral del contrato de concesión N° 388 de 1997, lo que implicó truncarles la posibilidad de poderlo objetar por error grave, en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cuya oportunidad si permitió en su momento a las demás sociedades integrantes de Commsa S.A. En consecuencia, confirmará las decisiones de instancia que concedieron el amparo deprecado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de febrero 22 de 2006, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero penal del Circuito de Barranquilla el 16 de enero de 2006, que concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipos Universal S.A.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T-796 DE 2006

**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LIQUIDACION DE
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Caso en que no se presentó
vulneración/DERECHO A LA IGUALDAD EN LIQUIDACION DE
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Caso en que no se presentó
vulneración (Salvamento de voto)**

La razón fundamental de mi disentimiento es que no considero que la actuación del INVIAS en relación con los hechos aquí debatidos haya sido en modo alguna indebida, ni violatoria del derecho fundamental al debido proceso de las sociedades accionantes. A partir de lo anterior, considero que tampoco habría en este caso violación alguna al derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política. Considero que la irregularidad que, según se alega, habría ocurrido en este caso, no tiene la trascendencia que se le ha querido dar por parte de las sociedades demandantes, e incluso por los jueces de tutela. Si bien admito que el trámite cumplido a este respecto pudo haber sido imperfecto, considero también que las accionantes no se vieron significativamente privadas de oportunidades de defensa por el hecho de no haber podido controvertir a posteriori este dictamen pericial, sobre el cual los demás sujetos intervinientes ya habían debatido en forma suficiente. No obstante la importancia y trascendencia de la garantía al debido proceso dentro de las actuaciones administrativas, que no controvierto ni pongo en duda, es igualmente importante resaltar que esta garantía no debe aplicarse de tal forma que ocasione la dilación, o en casos extremos la parálisis de las actuaciones administrativas, ni debe tampoco dar lugar a la sobreprotección de un sujeto determinado en perjuicio de las demás personas o entidades que intervienen en la misma actuación, ni del progreso de la actuación misma.

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTUACION
ADMINISTRATIVA DEL INVIAS EN LIQUIDACION DE
CONTRATO ADMINISTRATIVO Y MEDIO DE DEFENSA
JUDICIAL (Salvamento de voto)**

Considero que en este caso era válido adoptar las decisiones que, según las particularidades observadas, fueran necesarias para hacer avanzar la actuación administrativa hacia su finalización, máxime si el haberla prolongado mediante diligencias como la que los tutelantes echan de menos, seguramente no hubiera alterado el sentido final de las decisiones adoptadas. Por lo demás, es claro que en caso de que al concluir definitivamente la actuación administrativa en cuestión (liquidación unilateral de un contrato estatal), subsistiera la inconformidad de las sociedades accionantes sobre el punto planteado, y éste tuviera la trascendencia argüida, eventualmente ellas podrían alegar estos temas tanto en la vía gubernativa como en la subsiguiente acción contencioso

administrativa de controversias contractuales. Existiendo entonces otro medio de defensa judicial (como lo contempla el artículo 86 constitucional), es del caso considerar que en este evento la acción de tutela debió haber sido declarada improcedente.

DICTAMEN PERICIAL-Caso en que no pudo objetarse dictamen en que se basó liquidación de contrato fue resultado de la decisión libre y voluntaria de las sociedades accionantes que optaron por interponer tutela

No sobra denotar que el apartamiento temporal de los accionantes de la actuación administrativa relacionada con la liquidación del contrato en cuestión, hecho que pudo ser el que dio lugar al presunto conocimiento tardío de los dictámenes periciales por parte de las sociedades accionantes, fue resultado de su decisión libre y voluntaria, optando por el ejercicio de la acción de tutela encaminada a lograr la inoponibilidad a tales sociedades de las resoluciones expedidas por el INVIAS, en relación con la caducidad del contrato de concesión. Como se sabe, si bien en este caso la tutela fue inicialmente concedida por los jueces de instancia, tal decisión fue revocada por la Sala Plena de esta Corte mediante sentencia SU-1070 de 2003. Es evidente entonces que tal marginamiento fue enteramente consciente y voluntario, y de otra parte, según se clarificó con la mencionada sentencia, es claro también que no existían, desde el punto de vista jurídico, razones que justificaran la inoponibilidad de estas decisiones. Por ello, no parece proporcionado que siendo estos los antecedentes del caso, las entidades accionantes aparezcan ahora como injustamente afectadas por una situación irregular que ellas mismas propiciaron.

Referencia: Expediente T- 1.330.716

Actores: Castro Tcherassi S.A. y
Equipo Universal S.A. contra el
Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Magistrada Ponente:
Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Respetuosamente, me aparto del fallo proferido por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional que integro con los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Como lo explico brevemente a continuación, la razón fundamental de mi disenso es que no considero que la actuación del INVIAS en relación con los hechos aquí debatidos haya sido en modo alguna indebida, ni violatoria del derecho fundamental al debido proceso de las sociedades accionantes. A partir de lo anterior, considero que tampoco habría en este

caso violación alguna al derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política.

Considero que la irregularidad que, según se alega, habría ocurrido en este caso, no tiene la trascendencia que se le ha querido dar por parte de las sociedades demandantes, e incluso por los jueces de tutela. Si bien admito que el trámite cumplido a este respecto pudo haber sido imperfecto, considero también que las accionantes no se vieron significativamente privadas de oportunidades de defensa por el hecho de no haber podido controvertir *a posteriori* este dictamen pericial, sobre el cual los demás sujetos intervinientes ya habían debatido en forma suficiente.

En este sentido no puede perderse de vista que la controversia que en torno a dicho dictamen intentaron plantear las sociedades accionantes era, en su esencia, la misma que ya habían aducido –sin éxito– las demás entidades que hacían parte de la sociedad concesionaria. Tampoco puede ignorarse que en caso de haber prosperado la alegación de estas últimas, ello hubiera sin duda aprovechado a las entidades tutelantes, tanto como a las otras que para esa fecha participaban de la actuación administrativa y que en tal calidad controvirtieron el mencionado dictamen. Así las cosas, es claro que en realidad las entidades accionantes no tuvieron en este caso menos oportunidades de defensa que las demás entidades que conformaban la sociedad concesionaria.

Por lo demás, y no obstante la importancia y trascendencia de la garantía al debido proceso dentro de las actuaciones administrativas, que no controvierto ni pongo en duda, es igualmente importante resaltar que esta garantía no debe aplicarse de tal forma que ocasione la dilación, o en casos extremos la parálisis de las actuaciones administrativas, ni debe tampoco dar lugar a la sobre-protección de un sujeto determinado en perjuicio de las demás personas o entidades que intervienen en la misma actuación, ni del progreso de la actuación misma.

Para evitar estas situaciones, la aplicación de esta garantía debe balancearse con la de otros principios constitucionales, concretamente los que inspiran y orientan la función administrativa²¹, principios que según lo establecido en la parte final del artículo 3° del Código Contencioso Administrativo “*servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento*”. En este caso concreto es importante apreciar el efecto de los principios de economía y eficacia, teniendo en cuenta que en virtud de este último “*...los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias*”.

²¹ Artículos 209 de la Constitución Política y 3° del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984)

No puede olvidarse que también conforma el debido proceso, que en las actuaciones prevalezca el derecho sustancial y que no se las someta a dilaciones injustificadas (arts 228 y 29 de la Constitución Política).

Así las cosas, considero que en este caso era válido adoptar las decisiones que, según las particularidades observadas, fueran necesarias para hacer avanzar la actuación administrativa hacia su finalización, máxime si el haberla prolongado mediante diligencias como la que los tutelantes echan de menos, seguramente no hubiera alterado el sentido final de las decisiones adoptadas.

Por lo demás, es claro que en caso de que al concluir definitivamente la actuación administrativa en cuestión (liquidación unilateral de un contrato estatal), subsistiera la inconformidad de las sociedades accionantes sobre el punto planteado, y éste tuviera la trascendencia argüida, eventualmente ellas podrían alegar estos temas tanto en la vía gubernativa como en la subsiguiente acción contencioso administrativa de controversias contractuales. Existiendo entonces otro medio de defensa judicial (como lo contempla el artículo 86 constitucional), es del caso considerar que en este evento la acción de tutela debió haber sido declarada improcedente.

Finalmente, no sobra denotar que el apartamiento temporal de los accionantes de la actuación administrativa relacionada con la liquidación del contrato en cuestión, hecho que pudo ser el que dio lugar al presunto conocimiento tardío de los dictámenes periciales por parte de las sociedades accionantes, fue resultado de su decisión libre y voluntaria, optando por el ejercicio de la acción de tutela encaminada a lograr la inoponibilidad a tales sociedades de las resoluciones expedidas por el INVIAS, en relación con la caducidad del contrato de concesión. Como se sabe, si bien en este caso la tutela fue inicialmente concedida por los jueces de instancia, tal decisión fue revocada por la Sala Plena de esta Corte mediante sentencia SU-1070 de 2003.

Es evidente entonces que tal marginamiento fue enteramente consciente y voluntario, y de otra parte, según se clarificó con la mencionada sentencia, es claro también que no existían, desde el punto de vista jurídico, razones que justificaran la inoponibilidad de estas decisiones. Por ello, no parece proporcionado que siendo estos los antecedentes del caso, las entidades accionantes aparezcan ahora como injustamente afectadas por una situación irregular que ellas mismas propiciaron.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones de mi respetuoso disenso.

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado