

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA  
SALA DE DECISION PENAL**

**Magistrada Ponente**

**GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ**

**FALLO DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veintitrés (23) de agosto de dos mil once (2011)

Hora: 5:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 555.

*Radicación:* 66001-31-09-006-2011-00056-01  
*Accionante:* Álvaro Aguirre Marín  
*Accionado:* Gobernación de Risaralda  
*Derecho:* Debido proceso e igualdad  
*Procede:* Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira

**ASUNTO**

La Sala desata la impugnación propuesta por el ciudadano ÁLVARO AGUIRE MARÍN, contra el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, que declaró improcedente el amparo de los derechos invocados por el recurrente, frente a la Gobernación de Risaralda.

## **ANTECEDENTES**

### **Libelo demandatorio.**

Señaló el actor que la Gobernación de Risaralda, realizó la invitación pública SI-IP-01-11 para participar en el contrato de obra de estabilización y taludes en la vía La Marina – Santuario de este departamento y que conforme con el pliego de condiciones, se realizó un sorteo para que sólo 10 interesadas ofertaran, porque fue superior el número de personas interesadas, quedando él favorecido como proponente.

Que presentó la documentación exigida con la propuesta, incluso su registro único tributario, que reflejaba su actividad desde el 6 de agosto de 1988 con domicilio en Risaralda, pero que el comité evaluador lo desestimó al aducir que su inscripción se remontaba al 23 de febrero de 2001, fecha ésta en la que en realidad, realizó actualización de su RUT.

Agrega que envió escrito a la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Risaralda señalando la equivocación del comité evaluador, pero que solo sirvió para que se ratificara el incorrecto proceder y se pronunciaron de fondo sin revisar su certificación del RUT, razón para que considere vulnerados sus derechos a un debido proceso y de igualdad, precisando además que esta acción la promueve con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable.

### **Fallo de primer nivel.**

Precisó el fallador A quo, que no apreció en la actuación una decisión arbitraria o caprichosa por parte de la administración pública que contenga una vulneración al debido proceso y además el conflicto

planteado corresponde en su competencia al juez administrativo, razón para concluir que la acción de tutela resulta improcedente, como así lo declaró.

### **Impugnación.**

Expresó el actor que en este evento se reúnen los presupuestos para que proceda el amparo tutelar y que si bien es posible iniciar un proceso contencioso administrativo, la demanda la interpuso como mecanismo transitorio. Insistió en que fue evidente la vulneración del derecho al debido proceso y de igualdad frente a la persona a quien se le adjudicó el contrato, porque él cumplía con el requisito de estar radicado en Pereira con más de un año de antigüedad, no siendo cierto que haya incumplido los requisitos exigidos por el pliego de condiciones como lo dijo el ente territorial accionado. Pide que se revoque la decisión de primer nivel y se le conceda el amparo de sus derechos fundamentales.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia.**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

### **Problema jurídico.**

Se cuestiona la actuación del Comité Evaluador de la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Risaralda, porque al momento de evaluar la oferta pública para contratar la 'estabilización de taludes en

la vía La Marina – Santuario de este Departamento, excluyó al proponente ÁLVARO AGUIRRE MARÍN, ya que no acreditó tener más de un año de antigüedad en la ciudad de Pereira.

### **Solución.**

Si bien toda persona tiene acción de tutela ante los jueces, para invocar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares, también lo es que no por regla general este expedito y sumario proceso puede ser utilizado en forma generalizada, prescindiendo de las acciones legales, como mecanismo ordinario de defensa.

La Colegiatura reitera que la acción de tutela sólo procede como mecanismo excepcional cuando quiera que la misma se promueve contra actuaciones de la administración pública, siempre y cuando ellas contengan ostensibles defectos constitutivos de causales de procedibilidad que deban ser conjuradas frente a la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Por lo tanto, a este instituto no puede acudir de manera general, sino previo el lleno de requisitos definidos por la jurisprudencia, así:

*“2. En diferentes oportunidades, la Sala ha precisado que el mecanismo mencionado no se encuentra diseñado con miras a reemplazar al juez competente, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante cuenta con otro instrumento judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales que considera, le han sido vulnerados. De tal forma, la competencia del juez de tutela se limita al examen y verificación del acto por el cual se presume, son violadas o amenazadas las garantías superiores.*

*“3. Es por ello, que se han fijado criterios generales sobre la procedencia formal del amparo, los que han sido estatuidos en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 cuyo numeral primero señala la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la*

protección que por vía de la acción constitucional se pretende obtener”.<sup>1</sup>

En igual sentido esa Alta Corporación luego ratificó:

*“Su viabilidad se ha admitido cuando se constate sin dificultad que la decisión objeto de reproche adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución. No obstante, para que el juez constitucional pueda adelantar ese estudio es preciso que previamente confirme que en el caso concreto se cumplen los requisitos genéricos de procedibilidad que habilitan la interposición de la acción, esto es.*

*“a) Que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional y afecte derechos fundamentales; b) que el interesado haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; c) que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; d) que la demanda se presente dentro de un término razonable, oportuno y justo (principio de inmediatez); e) que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; f) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible, y g) que no se trate de sentencias de tutela”.*<sup>2</sup>

Estos precedentes jurisprudenciales se traen a referencia, porque precisamente el señor AGUIRRE MARÍN, tuvo expedita la vía de la nulidad simple o la nulidad y restablecimiento del derecho, para intentar ante el operador jurídico de la jurisdicción administrativa la acción para solicitar la suspensión provisional del acto demandado<sup>3</sup> y no recurrir equivocadamente a la acción de tutela. Por manera que contrario a lo pedido por el accionante, debe primero acudir a todos los mecanismos de defensa judicial que la Sala echa de menos en este evento.

---

<sup>1</sup> Sentencia 46838 23 de marzo de 2010, MP. José Leonidas Bustos Martínez

<sup>2</sup> Sentencia 47062 de 17 de junio de 2010, MP Augusto J. Ibáñez Guzmán

<sup>3</sup> Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Modificado por el Decreto 2304 de 1989. “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2º). Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º). Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

En este orden de ideas, no podría esta Sala Constitucional siquiera acudir a conjurar un probable perjuicio irremediable, toda vez que el Código Contencioso Administrativo precave los eventos en que sea manifiesta la contravención a la Constitución o la ley del acto administrativo, para solicitar la suspensión provisional del mismo y cesar transitoriamente sus efectos, tendiente a no permitir su aplicación para detener el posible daño irreparable.

Sobre la base de lo anterior, no es la acción de tutela el medio apto para pretender la nulidad de un acto administrativo o detener sus efectos en forma transitoria, porque debe primero el interesado acudir ante el fallador administrativo, como juez natural a quien la ley le ha asignado competencia, para cumplir con los presupuestos de subsidiariedad y residualidad.

El tema central sobre la reclamación de los derechos, se fundamenta en una presunta irregularidad en un proceso de contratación, mediante la cual se desestimó la propuesta del actor, porque en su sentir, no fue valorado adecuadamente un documento que aportó con la finalidad de acreditar su avecindamiento en la ciudad de Pereira, con antigüedad superior a 22 años.

Es claro que se trata de un proceso complejo de contratación que inició la administración pública representada por la Gobernación de Risaralda, frente al cual, la ley ha previsto la clase de acciones que pueden intentar las personas que se crean con interés sobre a tales actos de carácter estatal, como así lo ratificó la Corte Constitucional, con el siguiente argumento:

*“... la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de*

*dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular”.*

*(...)*

*Ahora bien, la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular.*

*Cuando se acude a la Justicia Administrativa, para demandar la validez de un acto administrativo, por cualquiera de los medios anteriormente señalados, independientemente de que corresponda a actos proferidos durante el proceso licitatorio o en las fases de ejecución o liquidación del contrato, es viable proponer la suspensión provisional de sus efectos, en los términos y condiciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, aliviando temporalmente la afectación que sobre los derechos fundamentales de los proponentes, se producirían de continuar su ejecución (C.P. art. 238). Así lo ha reconocido, entre otras, el Consejo de Estado en tratándose de actos administrativos poscontractuales, en los siguientes términos:*

*“La acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo comprende no sólo las controversias derivadas de la existencia, nulidad o incumplimiento del contrato estatal sino que también es la vía procesal adecuada para impugnar los actos administrativos dictados con motivo y ocasión de la actividad contractual, tal como lo había definido la jurisprudencia y ahora expresamente la Ley 80 de 1993.*

*Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, es este caso del contratista”.*

*De igual manera, en cuanto a la procedencia de la suspensión provisional en los actos precontractuales, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido:*

*“Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye, una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable y obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del Decreto-ley*

222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto, e igualmente de la suspensión provisional contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del artículo 193 de la Constitución Política”.

La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador. Quien, además, conforme a lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no le impone a los actos administrativos precontractuales, exigencias especiales para proceder a la suspensión provisional de sus efectos, cuando se ejercen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, previstas en el artículo 87 del C.C.A.

Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria (C.P. art. 86).

Por lo anterior, conforme lo ordena el mismo precepto Superior y lo reconoce igualmente la jurisprudencia expuesta por esta Corporación, es claro que con carácter general la acción de tutela en tratándose de actos precontractuales, únicamente puede prosperar a través de la regla de la subsidiaridad, lo cual implica por parte del demandante la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder el amparo de forma transitoria.<sup>4</sup>

Adviértase que la acción de tutela se alza como última ratio, sin que tenga la función legal de detener la actividad propia de la administración pública, puesto que ello tendería a deslegitimar no solo al servidor público, sino que también desnaturaliza las acciones ordinarias que como en este evento, no se han promovido. Baste lo anterior para entender que el fallo impugnado deberá ratificarse.

---

<sup>4</sup> Sala Plena, Sentencia de Unificación 713 de 23 de agosto de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.



Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## **RESUELVE**

**Primero:** Confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, en cuanto fue objeto de impugnación por el actor ÁLVARO AGUIRRE MARÍN.

**Segundo:** Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ**

Magistrada

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES**

Secretario